

の 研 究 の

なぜ被害者・遺族が処罰感情を表明すると、 量刑が重くなりうるのか

昆 雄 一*

- I はじめに
- II 被害者とは誰のことか、処罰感情とは何を指すか
- III 実務において被害者・遺族の処罰感情は量刑を重くしうるのか
- IV 大阪刑事実務研究会の見解
- V 犯罪論と量刑論の関係
- VI A 説；違法性説，B 説；責任説の検討
- VII C 説，D 説，E 説の検討
- VIII 補 説——刑罰論の視点からの確認
- IX おわりに

I はじめに

刑事司法の目的とは何かについて考える手がかりとなる判例がある。その1つ，最判平成2年2月20日判時1380号94頁は，「犯罪の捜査及び検察官による公訴権の行使は，国家及び社会の秩序維持という公益を図るために行われるものであって」，「被害者

* 第67期司法修習生，中央大学法科大学院2013年3月修了

〈本稿は，中央大学法科大学院専任教員の推薦を受け，複数のレフェリーの審査を経てここに掲載したものである。〉

又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益は、公益上の見地に立って行われる捜査又は公訴の提起によって反射的にもたらされる事実上の利益にすぎ」ないとした。2つ目に、東京地判昭和47年2月26日判時676号49頁は、刑罰が社会秩序維持のため科されることを指摘し、「刑事上の処罰は、たとえ違反行為が個人的利益の侵害にかかるものであつても、国家が社会秩序を維持するため中立的立場において罪を犯した者に対して」科するものであって、「被侵害利益ないし損害の回復を意図するものでない」とする。

刑事司法の目的を上記のように考えると、被害者の処罰感情を量刑上考慮することは、私的な感情を満足させることとなり、かかる目的に反しないだろうか。

Ⅱ 被害者とは誰のことか、処罰感情とは何を指すか

1. 被害者の意義

被害者には二つの意義があり、検討に際し混乱が生じるのを避けるため、被害者の意義をどう解するか確認しておく。被害者を狭く解すれば保護法益の主体であり、広く解すれば一般市民まで含まれる。

まず、犯罪被害者等基本法2条2項は、「この法律において『犯罪被害者等』とは、犯罪等により害を被った者及びその家族又は遺族をいう」と定義している。そして、刑事訴訟法230条が告訴権者として定める「犯罪により害を被った者」とは、犯罪による直接の被害者をいい、当該犯罪の構成要件が規定している保護法益の主体となる者と解されている¹⁾。

さらに、市民は、犯罪の被害を知り、自らも犯罪の被害者になるかもしれないと恐れるから、潜在的に犯罪の被害者といいうる²⁾。

これから検討の対象とするのは、意見陳述制度や被害者参加制度等を通じて表明された処罰感情が量刑の考慮要素となっている点であるから、以下では、制度を利用できる者を念頭に置き、被害者の意義については、直接に害を被った者として考える。

他方、被害者本人以外の被害感情について、量刑に影響を及ぼすのはどの範囲か。犯罪被害者の法定代理人は独立して告訴ができ（同法231条1項）、被害者が死亡したときは、その配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹は、被害者の明示の意思に反しない限りで告訴権を有する（同条2項）。同条の趣旨として、法定代理人は被害者の意思を代弁する立

場にあること、被害者と密接な関係を有する近親者であること、被害者が犯罪により死亡した場合には、その配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹は、多大な精神的苦痛を被ることが通常であることなどが挙げられる³⁾。これらの趣旨は量刑においても妥当し、基本的には同条2項所定の者を遺族と考えることができる。そして、被害者本人の意思が最も尊重されるべきであるから、被害者本人が生存した場合は、被害者本人が死亡した場合と比べて、親族の処罰感情の量刑への考慮の度合いは小さくなるであろう。

被害者の法定代理人は、同条1項の趣旨に鑑み、被害者本人の処罰感情を代弁できるとすべきである。また、被害者との密接な関係や被害者死亡による精神的苦痛という同条2項の趣旨は、法定代理人にもあてはまるから、法定代理人自身の処罰感情は同条2項所定の者と同様に位置づけられる。

内縁関係に止まる者の被害感情、科刑意見についても、同条2項所定の遺族と同様に量刑上考慮される場合が多いだろう。他方で、被害者の親友、近隣住民、教え子等は遺族と同列に論じられず、2次的ないし補充的に被害感情、科刑意見が考慮されるにとどまるであろう。

そして、被害者の存在が捜査機関に認識される端緒は様々ある。捜査の端緒を認知件数の多い順に列举すると、被害者・被害関係者の届出、警備会社の届出、告訴・告発、現認・被害発見、職務質問、取調べ、自首等がある。これらにより、被害者の存在が捜査機関に明らかとなる。このうち、被害者・被害関係者の届出が認知件数全体の90%近くを占める⁴⁾。

2. 被害感情と処罰感情との区別

処罰感情は応報感情であるのに対して、被害感情は回復感情であり、両者は区別されねばならないという指摘がある⁵⁾。被害者感情には応報感情だけでなく、犯罪以前の状態に回復することを望む感情（回復感情）が含まれる。回復感情は、物理的回復（被害弁償、怪我の治療等）、そして精神的回復（犯罪被害による精神的苦痛の回復等）を望む感情である。

たとえば、殺人罪の場合、法益は人の生命であり、被害は残された家族の困窮であり、被害感情＝回復感情は悲しみや苦しみ（からの回復）であり、処罰感情＝応報感情は死刑を望むこと、というように区別する。

ここでは、犯罪被害者等が罪を犯した人に重い刑罰を望む感情を述べる場面を想定し、検討対象を明確にするため、この区別に従う。また、この区別をするのは、IXで後

述する被害者保護はどのような場で果たされるか、を検討する視点ともなるからである。

次項Ⅲ 2.(1)で紹介する函館地判で量刑資料となった、被害者の父親の員面調査の内容を例にとると⁶⁾、「息子を亡くしたことは私たち夫婦にとって、大きな痛手であることは言うまでもありません」という部分は悲しみ、苦しみの表出である被害感情といえる。「運転していたDという人は、私たちと全く面識のない人で、息子の命を奪ったと思うと、絶対許すことはできません」、「処分については、最大の刑を科してAのことを一生忘れないでほしいと思います」という部分が処罰感情といえる。区別が困難であるという批判も考えられるものの、犯人の科刑に関する陳述の部分が処罰感情を示し、その他の被害者自身の受けた衝撃、感情の変化等の部分が被害感情であると捉えれば、区別が困難とはいえないと思われる。

Ⅲ 実務において被害者・遺族の処罰感情は量刑を重くしうるのか

1. 処罰感情はどのように表明されるか

意見陳述制度による「被害に関する心情その他の被告事件に関する意見」を被害者等が公判期日に陳述する方法がある（刑訴法 292 条の 2 第 1 項）。また、被害者参加人等は、裁判所によって相当と認められる場合には、訴因として特定された事実の範囲内で、事実又は法律の適用について意見を陳述できる（同法 316 条の 38 第 1 項）。この法律の適用についての意見は、被告人に科せられるべき具体的な刑罰の種類及び量に関する意見が含まれる。

これらの制度が導入される前から、被害者の供述調書において被害者の被害・処罰感情が録取され、調書が証拠として採用されることが多い上、犯罪事実の有無が争点となって被害者が証人として喚問される際にはほとんど例外なく被害・処罰感情についても供述を求められた。犯罪事実に争いがなくても、重大事件で被害者またはその遺族が希望する場合には、情状証人として法廷で意見を述べる機会を与えられることも多かった⁷⁾。

2. 裁判実務において処罰感情は量刑を重くしうるのか

以下では、2つの研究を紹介することで処罰感情が量刑に影響しうることを示す。

(1) 判決理由の調査

実際の道交法違反及び危険運転致死被告事件（函館地判平成14年9月17日判例時報1818号176頁）について、判決理由，亡くなった被害者の父親の供述調書の内容，そして被害者の母親の意見陳述の内容を対比して，被害者の量刑についての意見がどのように量刑理由に反映されたかの調査がある⁸⁾。

結論として，意見陳述に示された処罰感情を直接量刑理由に掲げていることから，量刑資料として意見陳述が用いられたことが推測できることを指摘した⁹⁾。

そして，量刑理由の被害者感情に関する部分と，員面調書として提出された被害者の父親の供述を対比分析した結果，被害遺族の受けた衝撃をファクターとする母親の意見陳述よりも，被害者の人格的特徴，被害遺族の受けた衝撃，被害感情，量刑についての意見を含む，詳細な父親の供述調書の方が量刑理由に大きく反映されていると述べる¹⁰⁾。

(2) アンケート調査

次に，裁判員制度の量刑評議のあり方を検討する基礎資料とするため量刑に関するアンケートを行い，一般国民1000人と裁判官766人から回答を得たものがある¹¹⁾。裁判官については高裁及び地裁において公判審理を担当する裁判官全員に対してなされた。

そのアンケートの中に，「問15【被害者遺族の処罰感情について】殺された人の遺族の処罰感情は，殺人を犯した人の刑罰を決める上で重くしたり，軽くしたりする理由になると考えますか」という設問がある。遺族が厳罰を希望している場合と，宥恕している場合に分けて尋ねている。

遺族が厳罰を希望している場合，8割の裁判官が「重くする・やや重くする」と答えた。これは「かなり重く処罰する方向への力が働く」ものとし，「被害者の事情は大きな因子といえよう」と評価されている¹²⁾。反対に，遺族が宥恕している場合，9割以上の裁判官が「軽くする・やや軽くする」と答え，「裁判所が法改正などにより『被害者保護』に敏感に反応している」という意見もある¹³⁾。

また，Aが居酒屋で偶然隣り合ったBと口論になり，Bから罵られたことに激怒して，果物ナイフでBの胸を突き刺して殺害したという事案で，遺族がAを許した状況①と，遺族がAを許さず重い刑罰を望む状況②で，それぞれ量刑意見を求める設問があった。結果は，状況①で具体的量刑意見の平均は9.07年であるのに対し，状況②でのそれは10.34年であり，裁判官は遺族が厳罰を希望した場合は宥恕している場合に比べ平均して0.95年，量刑が重くなっている¹⁴⁾。

IV 大阪刑事実務研究会の見解

大阪刑事実務研究会での研究報告，議論を通じて，横田判事は科刑意見を量刑上考慮する理由について，どんな考え方がありうるか，それぞれの根拠，それぞれの考え方に對する批判を想定して検討している¹⁵⁾。

具体的には，被害回復が量刑に影響を及ぼす理由における議論¹⁶⁾を敷衍して，被害感情，科刑意見が考慮される理由・批判を考えた結果，一律，統一的に論じるのは困難で複合した理由があると結論付けたものの，全ての説が理由となるか，一部の説にとどまるかについては必ずしも明らかにしていない。

横田論文で想定された説を列挙すると，下記のA説ないしE説のようになる¹⁷⁾。もっとも，C説及びD説では，刑を重くする方向での考慮は困難であり，刑を軽くする方向でのみ用いることができる説明であると指摘される。

A説 違法性説

違法性の観点から，被害者の被害感情により行為者に帰責可能な結果の違法性が事後的に増加，減少すると考える立場がありうる（A－1説）。また，被害感情自体を犯罪の結果と見る立場から，被害感情の強弱は違法性（結果無価値）の大小に影響するとも考える（A－2説）。

B説 責任説

被害感情により責任が増減するという説である（B－1説）。また，被害感情自体も犯罪の結果の一種と考える立場から，被害感情の強弱は結果自体の大小につながり，被害感情が強い場合には責任が重く，弱い場合は責任が軽くなるとも考える（B－2説）。

C説 可罰性説

国家は刑法の謙抑主義の立場から必要と認めるものについてだけ刑罰を科する¹⁸⁾という中野元判事の可罰性の考え方を敷衍して，行為の可罰性が被害者の宥恕により事後的に減少すると考える立場がありうるとしている。増加することは想定が困難とみているが，あえていうなら，被害者が処罰感情を表すことで国家が厳罰をもって積

極的に介入する必要性が高まるという説明になろうか。

D 説 特別予防説

被害者の宥恕や被害感情の融和が被告人自身の努力や反省の態度が原因としてなされたならば、特別予防の必要性を減じる事情として考慮できるとする立場がありうるとする。

E 説 刑事政策説

被害者の宥恕は刑事政策的な観点から考慮すべきとする小林元判事の考え¹⁹⁾を引用して、被害感情も刑事政策的な情状の一つとして刑を軽くする方向で考慮する立場がありうるとする。

被害者意思を重視することが刑事司法の目的とする立場からは、被害感情が厳しいことを刑事政策的見地から刑を重くする方向で考慮すべきと考えられる。

しかし、理由付けとしてこれら全てを複合させることは適切なのか。込み入った議論になるため、論旨の展開を明らかにする趣旨で先に結論を示せば、量刑論の責任と犯罪論の責任を完全に同じものとして理解することには無理があるものの、量刑論に犯罪論を転用することで、量刑事情を選別すべきである（後述Ⅴ犯罪論と量刑論の関係）。具体的には、ドイツの規範の保護目的論と同様の思考方法を日本の危険の現実化説のもとで行い、ある事情が構成要件の保護範囲内ないし構成要件の予定する危険といえる場合に、量刑上の考慮要素となる（後述Ⅵ1. 総説——構成要件外結果の量刑における考慮）。もっとも、処罰感情は既に法益によってカバーされる部分があるため犯罪結果に含まれるべきでない。処罰感情は、犯情の中で、違法性を左右する行為時の行為態様や結果の重大性を推認する間接事実としてのみ量刑に影響しうる（後述Ⅵ2. 各説——副次的法益論をめぐって）。

以下では、この立場から、各説が理由付けとして説得的といえるか1つずつ検討する。

V 犯罪論と量刑論の関係

A～E説に共通する問題として、犯罪論と量刑論の関係について考察する必要がある。犯罪論と量刑論の関係については、量刑は独自の領域であるとする見解と、それは

犯罪論の応用にすぎないとする見解とが鋭く対立している²⁰⁾。独自の領域論によれば、量刑上処罰感情を考慮するに際して、A～E説に共通して犯罪論上の制約を受けることがなく、犯罪論における論理構成と異なった論理構成をとることが可能となりうるため、議論の前提として考察する必要がある。

1. 日本の実務・学説

実務では、犯罪論と量刑論を連続的に捉えてこなかった。出射義夫氏によれば、「長い実務家としての感覚から考えて、犯罪成立要件の1つとしての責任と……情状という意味での責任とは、同じ平面でとらえられない」。量刑が政策的考慮を多く加味しなければならないとすれば、刑法理論において責任という概念で量刑の基準を統一的に説明し尽くすことは無理である、という²¹⁾。

学説でも、量刑論において、犯罪論とは異なった評価基準が妥当するという見解がある²²⁾。責任の有無の判断では個別的行為の責任を基礎としながら、人格形成責任も考慮しなければならない²³⁾という主張や、人格形成過程を間接的に刑を加重・減輕する事情として考慮すべきである²⁴⁾といった主張がされている。

2. ドイツでの議論

(1) 刑罰根拠づけ責任と量刑責任を区別する見解

ドイツでは、犯罪論にいう責任(刑罰基礎づけ責任)と、量刑論において幅や点を形成する責任(量刑責任)とを区別する見解が多いようである。この区別を初めて提唱したアッヘンバツハによれば、刑罰基礎づけ責任は刑罰の「可否(Ob)」を、量刑責任はその「程度(Wie)」を論じる²⁵⁾。すなわち、刑罰基礎づけ責任とは、個々の行為者に対する科刑を正当化したり妨げたりする要素の総体であり、犯罪の成否に関係する。他方、量刑責任とは、具体的事件で刑罰の程度にとって意義を有する要素の総体である。

アッヘンバツハは、(犯罪論上の)責任論が量刑の要件も含み、程度を付しうる概念として理解されていることを批判する。その理由として、第1に量刑論が固有の法解釈的作業の対象となり、完全に独自の発展をしてきたことが挙げられる。量刑論の材料は、体系的な意味(筆者注:ここでの体系はおそらく犯罪論体系)での責任論の材料と極めてわずかな程度でしか一致しない、という。第2に、責任が阻却される場合と責任が軽い場合は質的に異なる。具体的には、ドイツでは、責任阻却の場面で、免責事由が存在する

場合は刑事手続が停止され、無罪となって費用負担が免除される。これに対し、責任が軽い場面では、手続の停止は検察官と裁判官の裁量に委ねられるという違いがある。第3に、量刑では、責任の程度だけでなく、不法を基礎づける要素の程度も参照され、統一的に評価される。犯罪体系における違法と責任の分離は量刑論では無効である、と主張される²⁶⁾。

ロクシンも、アッヘンバッハによる刑罰基礎づけ責任と量刑責任との区分に従って議論を進め、量刑責任という概念は、刑罰を基礎づける責任という概念からかなりの部分が独立していると述べる。刑罰基礎づけ責任は、行為者をそもそも処罰すべきかという問題、つまり、行為者が他の行為をなしえたかどうか、その行為が予防上の理由から刑罰による制裁を必要とするかという問題であるとする。刑罰基礎づけ責任の要素が、直ちに、責任の程度が明らかになるような形で数量化されることはないという²⁷⁾。

ドイツ連邦憲法裁判所も、量刑の場面における帰責要件は犯罪論におけるそれと必ずしも同じである必要はないとした²⁸⁾。

(2) アッヘンバッハへの批判と部分的容認

しかし、現在の通説である規範的責任論によれば、責任とは非難可能性である。この非難とは、その属性として程度を持ちうる。非難可能性では、その犯罪に見合った「一定程度の非難」が可能かを判断する。この概念には程度を付しうるが、単に犯罪の成立の有無を論じる場面では、程度に言及する必要がないだけである。「可否」か「程度」かという両者の区別は合理的根拠がないといえよう²⁹⁾。

アッヘンバッハの3つの理由づけについても批判がされている³⁰⁾。

第1の理由づけについては、犯罪論では取り上げられなかった量刑事情は、犯罪論の潜在の対象となってきたものの、犯罪成立の有無には影響を及ぼさないため、量刑段階で初めて表に出てきたとも主張できる。また、量刑論が犯罪論から独立して発展してきたという指摘は、事実として正しくても、その事実があるべき姿であるかは別問題であると思われる。

第2の理由付けについては、責任がゼロの場合ときわめてわずかな場合とは連続し、それに対応して被告人の負担も段階化されている、ともいえる。

第3の理由付けについては、正しい部分もある。不法に関連しない責任のみで刑罰の量定をするとなると、どのくらい意思の自由が存在したかのみによって、刑罰を定めることになる。すると、重罪でも軽罪でも意思が自由に行使できた場合は等しく重く罰せられることになり不合理である。また、犯罪毎に異なる法定刑が定められていることも、

合理的に説明できなくなる。加えて、犯罪成否を判断する際は、違法性と責任が共に考慮されるのに、刑罰評価の際は一方しか取り上げないのは、不自然である³¹⁾。量刑責任と刑罰基礎づけ責任を完全に同じものとして理解することには無理がある。この点でのアッヘンバッハの指摘は正しい。

これに対し、量刑論上の責任と犯罪論上の責任を区別する考えを批判し、全く同一のものとする見解もある。この見解は、責任評価は常に違法行為に関係した判断であって、構成要件に該当する違法な行為のないところに、刑法上の責任を考えられないことを根拠とする。また、責任の大小という場合、当該違法行為に対する非難の程度が問題となっているのであって、本来的に違法性の大小もそこに反映されているから、責任主義における責任の意味を犯罪の成否の場面と刑の量定の場面とで全く統一的に理解することも根拠とする³²⁾。

しかし、エアハルトによれば、そもそも、量刑論の責任と犯罪論上の責任との区別について、不明確さが生じたのは、用語法上の混乱が原因である。すなわち、責任という用語は犯罪論では他行為可能性という意味（狭義の責任＝有責性）で用いられてきたのに対し、一般的日常的用語法ではしばしば犯罪要素全体の意味（広義の責任）で用いられてきた、という。このような不明確さを回避し、犯罪論体系の硬質な構造を量刑でも活かすために、エアハルトは「広義の量刑責任の概念において、刑罰基礎付けのカテゴリーに従った体系化が達成できるか否か」検討しなければならないとする。もっとも、彼は、不法と責任が犯罪論のように二つの異なる段階にはなく、不法が責任に統合されるならば責任の性質自体が変わることは認める。量刑において、構成要件外結果のように、犯罪論と異なる事情を考慮できるとする。しかし、どんな量刑事情が量刑責任にとって有意義であるかを決定するための実体法的基準として、犯罪論が転用されるという³³⁾。

(3) 小 括

3つの見解を検討した。a. 刑罰根拠づけ責任と量刑責任とを区別するアッヘンバッハのような見解、b. 刑罰根拠づけ責任と量刑責任を区別するが、量刑論に犯罪論を転用するエアハルトのような見解、c. 刑罰根拠づけ責任と量刑責任を全く同一視する見解である。bの見解は、狭義の責任概念は犯罪論でも量刑論でも統一的に理解し、広義の責任概念では犯罪論を転用した基準に従った事情が入り込むと考える。bの見解とcの見解とはほとんど差異がなくなるように思われる。

エアハルトの主張をふまえば、量刑責任は広義の責任を意味するから犯罪論の責任概念と異なるにすぎない。量刑責任に狭義の責任以外の要素が混入するとしても、それ

は犯罪論における違法に関する要素や、犯罪論において論じられなかった事情のうち、犯罪論を転用して有意義である事情のみに限られることになろう。そのため、刑罰基礎づけ責任と量刑責任を概念上区別できるとしても、直ちに犯罪論の制約を受けずに量刑事情を自由に選別することにはならないといえよう。アッヘンバッハの主張のうち、量刑責任において不法をも考慮する点に関して、不法・責任の区別を解消し、両者を渾然一体として考慮することで、犯罪論における基本構造を解体していると評価する論者³⁴⁾もいる。たしかに、エアハルトも量刑責任に不法を考慮する点で共通するが、彼の主張をふまえ、量刑責任概念に入るか判然としない事情について、犯罪論を転用して選別すれば、犯罪論の基本構造を解体することにはならず、論者のいう「犯罪論と量刑論は、同じ刑事政策目的を達成するための一連の理論的プロセス」という主張にも合致するだろう。

VI A説；違法性説，B説；責任説の検討

1. 総説——構成要件外結果の量刑における考慮

A－1説，B－1説の両方について、横田論文（Ⅳ参照）も、科刑意見自体は被告人の行為と直結するものではなく、それ自体で違法性や責任に影響を与えることは困難であることを指摘する。それに加え、A－1説について、処罰感情を行為後の事情として考慮できると考えて、犯罪終了により確定するはずの違法性が事後的に増減すると説明することは困難であろう。B－1説について、他の適法な行為を選択可能であったのにあえて違法行為をしたことに対する非難が責任であるとする、事後的に生じうる処罰感情の有無によって、行為時の他行為可能性が左右されるわけではないから、責任が増減するとはいえない。よって、A－1説，B－1説は処罰感情を量刑上考慮する説明として採用すべきでない。

他方、A－2説，B－2説とも共通して、処罰感情自体を犯罪結果に含めることで、被告人の行為との結びつきがあると示すことによって、A－1説，B－1説の問題点を解消しようとしている。とすると、両説の前提として、結果とは法益侵害とその危険をいう³⁵⁾ところ、処罰感情自体を犯罪結果に含めてよいのか問題となってくる。

少なくとも、被害感情、処罰感情が構成要件の結果に含まれず、構成要件外結果ないし非構成要件の結果として位置づけられることについて、以下の(1)～(4)の見解は全て一

致しているようである。ドイツの通説は、構成要件の結果とは、結果不法を特徴づける法律上のメルクマールの具体的な形態として示されるすべての行為結果をいい、それ以外が構成要件外結果（非構成要件の結果）であると区別する³⁶⁾。例えば、刑法 199 条の殺人罪でいえば、「人を殺した」という法律上のメルクマールに照らし、処罰感情・被害感情は人の死亡結果という具体的な形態とは別個の事実であり、構成要件に属する事実とはいえないから、非構成要件の結果と結論付けられよう。

このような非構成要件の結果を量刑上考慮することの可否、考慮する場合の要件等の理論的構成について、我が国では実務に即した議論はあまりされてこなかったのに対し、ドイツでは判例学説上の議論の対象となってきた。

(1) 有力な地位を築かなかった種々の見解

以下の見解は、有力な徴表説や規範の保護目的論を理解する助けとなるので、参照する。

ベーリングやシュペンデルは、構成要件に記述されていない一定の事情も、ある場合には、二次的要素としてその外枠を形成し、広い意味での構成要件に属するとした³⁷⁾。

ラング・ヒンリクセンは、不法・責任内容の包括的な評価を可能とするように広く行為概念を定め、その全事情が量刑の基礎をなすという³⁸⁾。

連邦通常裁判所 1957 年 4 月 8 日決定 (BGH10, 259 = JZ 1958, 173 = MDR1957, 691)³⁹⁾ は、構成要件に規定されていない結果であっても、構成要件の結果の実現に伴う他の法益に対する危険を行為者が認識可能であった場合、そのような「一般的な危険状態」を招来したことについて行為者を非難できるとした。

しかし、どの見解も、なぜ、非構成要件の結果について、構成要件の保護法益ではない利益に対する危険を理由に刑を加重できるのかの論拠を明らかにしていない⁴⁰⁾。また、量刑事情の画定のための個別具体的な基準を展開し得ていないと批判される。

(2) 単純な予見可能性基準

パリンは、構成要件外の損害については、結果的加重犯からの類推により、結果の予見可能性で十分であるという⁴¹⁾。同様に、連邦通常裁判所 2002 年 7 月 4 日決定 (BGH NSStZ 2002, 645 = StV 2003, 442)⁴²⁾ も、結果が「規範の保護範囲にあるか否かは、重要でない。……犯行本体の範囲外にある結果について、それに対する予見可能性という限界づけ基準で十分」とした。

しかし、後述(5)で示す事例のように、予見可能性基準だけでは量刑事情の適切な限定

が困難である事例がある。そして、Vで検討したように、量刑責任において、犯罪論体系の硬質な構造が活用されるべきことを考えれば、犯罪論の知見を用いない見解は採用できない。

(3) 徴表説

この見解は、犯罪行為後の事情が量刑で考慮され得るのは、行為時における行為者の不法・責任の程度を評価するにあたって「徴表」ないし「評価資料」の意味を持つからだとする。犯罪後の行為者の行動それ自体を独立した量刑事情として考慮することは、行為責任主義に反し、行為者の全行状を道徳的な観点から罰することに帰着しかねない、という。フォン・ウェーバー、ブルンスによれば、前述1.(1)の連邦通常裁判所1957年4月8日決定の事案で、被害者の死亡というような重い侵害が惹起された場合には、全体的に観察すれば強要行為そのものをより重く評価し得るという⁴³⁾。

たしかに、一定の結果の発生を徴表として行為の不法・責任を重く（あるいは軽く）評価しなければならない場合はある。通貨偽造罪、文書偽造罪や偽証罪のような抽象的危険犯の場合、不法の程度、法益侵害性の程度を量的に把握することは困難である。こうした場合、構成要件の結果とされていない一定の具体的結果（例えば、実行行為から生じた財産的損害や関係者の自由の拘束など）を一つの「徴表」ないし「評価資料」として法益侵害性の程度を確定するのは不当ではない⁴⁴⁾。

しかし、このような見解を一般化できないとも評価されている。当該結果それ自体を考慮するのではなく、それを資料にして実行行為そのものの危険性を評価するというのは理論的にすぎ、かつ、徴表説の理論構成はフィクションに堕し易い。そして、実際的にも、行為後に実行行為とは独立した新たな決意に基づいて生じさせた結果は量刑において考慮できなくなる。例えば、窃盗犯人が盗品を返還し、または損害を賠償した場合や、盗んだ高価な絵画を、国内での売却方に窮し、結局外国に売却することによって、所有者への返還を不可能にしたような場合、これらの窃盗犯行後の諸結果を量刑において考慮することは、それが刑事政策的に望ましく、かつ理論的に基礎づけ得るにもかかわらず困難となろう。要するに、「徴表説」は、一方において量刑事情の適正な限界づけを困難にするばかりか、他方において狭きに失すると批判される⁴⁵⁾。

(4) 規範の保護目的論

(ア) フリッシュの見解及びドイツの一判例

フリッシュは、規範の保護目的という犯罪論の知見を用いる⁴⁶⁾。すなわち、行為者に

帰属できない結果の惹起は不法とは評価できないという。量刑における構成要件外結果を、当該構成要件の保護範囲内にあるものに限定する考え方である⁴⁷⁾。

連邦通常裁判所 1993 年 3 月 16 日決定 (BGH NStZ 1993, 337 = StV 1993, 358) は、規範の保護目的論を採用したと評価される⁴⁸⁾。同決定は、亡命志願者としてドイツに滞留を許されていた被告人らの集団窃盗罪・同未遂罪事件において、被告人らの犯行が、亡命志願者グループの信用の失墜に寄与し、政治的迫害を受けてドイツに亡命を求めている者にも事実上不利に働くことは、保護範囲外であるとした。「犯行本体の範囲外にある結果も、基本的に量刑加重事由として考慮されうる。しかしその要件は、この影響が犯行態様を特徴づけ、責任の重さの評価に影響する……ことである。さらに、その違反が行為者に問責される刑法規範の保護範囲にある結果でなければならない。本件では、その両者が欠け、信用失墜という結果は、犯行の重さとは関係ないし、その責任評価を高める態度へのいかなる推論も許さない。それはまた、刑法典の財物罪の保護範囲には含まれない」と述べた。

他方で、前述 1.(2)の連邦通常裁判所 2002 年 7 月 4 日決定は、上記 1993 年の連邦通常裁判所決定を否定するもので、保護範囲論に対するドイツ判例の態度は不安定な状況にあるといえよう。

(イ) 規範の保護目的論に徴表説への批判が同様にあてはまるか

規範の保護目的論は、「徴表説よりも構成要件の結果以外の実質的被害を量刑上考慮してよい場面は限定されることになろう」と指摘されている⁴⁹⁾。規範の保護目的論は、実行行為の悪質さの数々の徴表のうち、構成要件の保護目的が及んでいる事情のみを選びとり、及んでいない事情は捨象するものであると考えることもできるから、その指摘は正しいといえよう。

とすると、徴表説に向けられた先述の批判も同様に、同説と類似する規範の保護目的論にあてはまるのか。第 1 に、行為後に実行行為とは独立した新たな決意に基づいて生じさせた結果を量刑上考慮できないという批判については、規範の保護目的論にあてはまらないように思われる。先述 1.(3)の例の盗品の外国への売却行為は、財物を自己の所有物として売却し利益を得る意思の事後的徴表といえ、窃盗罪の不法領得の意思すなわち権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として、経済的用法に従って利用・処分する意思を戒める刑法 235 条の法規範の目的の範囲内ともいいうからである。このように、一見、当該事情が行為の徴表かどうか不明瞭な場合における判断が、規範の保護目的論の思考方法によれば容易になることがある点で、徴表説への批判を避けられる。なお、このことを、規範の保護目的論の思考枠組を拝借すれば徴表説を維持しても

説明が可能であると表現できなくもない。しかしその場合、規範の保護範囲の言及が必要となるから、徴表説よりも規範の保護目的論の方が量刑事情の選別基準として明確であると表現すべきであろう。

第2に、結果それ自体を考慮するのではなく、それを資料にして実行行為そのものの危険性を評価するのは理論的にすぎ、かつ、徴表説の理論構成はフィクションに堕し易い、という批判はどうか。これについては、フリッシュも、犯行後の態度が、偶然にも付随事情によって明らかにされる帰結と一致した正しい帰結に至ることもあるが、正しい帰結を歪曲する危険があると、徴表説を批判する⁵⁰⁾。これは、事後的な事情を恣意的に拾い上げて、それが行為の悪質性の徴表であると強引に意味づけて、たまたまそれが正しい帰結であった場合と、誤った帰結となる場合が生じることを問題としている。しかし、ある事情が実行行為の徴表であることの意味づけが正しいか否かの判断は、結局のところ、当該法規が定める行為と結果に遡ることになるから、当該規範の保護範囲か否かが基準となるであろう。規範の保護目的の範囲内ならば正しい帰結であるから、徴表説に対して向けられた批判はあてはまらない。徴表説において徴表であると意味づけされた事情のうち、当該規範の保護範囲内にある事情のみ取り上げるという限定機能があるといえる。

(ウ) 規範の保護目的論自体への批判

岡上教授は、以下のように、罪刑法定主義との抵触、間接処罰のおそれを述べて、規範の保護目的論に疑問の目を向ける。

罪刑法定主義の問題については、ドイツ刑法46条2項で「行為の有責な結果」が量刑事情として挙げられ、二重評価の禁止規定により、構成要件の結果を量刑段階で考慮できない以上、法律上量刑で考慮すべき結果は、主に構成要件外の結果となる。そのため一応の法的な根拠があるとする。このドイツ刑法のような規定をもたない日本では、特に刑罰を加重する方向で構成要件外結果を考慮することは罪刑法定主義との抵触問題がある、という⁵¹⁾。しかし、規範の保護目的論を唱える論者によれば、罪刑法定主義の民主主義的要請こそ、同説の論拠となるという⁵²⁾。罪刑法定主義は民主主義と自由主義の要請とからなる。民主主義の要請は何を犯罪とするかは国民が立法を通じて決定し、行政や司法はそれに従属するというもので、自由主義の要請は処罰をめぐる予測可能性を確保するというものである。処罰対象は、行政や司法が独自にではなく、国民自身が立法を通じた選択によって決定しなければならないという要請を貫徹するためには、立法的に決定された処罰根拠に実質的に基づかない処罰を、厳に否定しなければならない。そうだとすれば、構成要件がある結果の発生を保護範囲に置いていないことを

認めながら、その結果を実質的な処罰根拠として援用できない、という。構成要件は、行為の違法評価に関する事情を全て記述しているわけではないので、当該構成要件に記述されていない事情（たとえば、実行行為の態様・手段の危険性）を量刑上考慮したからといって、必ずしも罪刑法定主義に反せず⁵³⁾、実質的観点を考慮するほかはないという指摘があり⁵⁴⁾、それはまさに実質的観点を説くもので、正当である。

次に、間接処罰のおそれから以下の難点が指摘される。すなわち、犯罪行為に付随して起こった構成要件外の結果を量刑において考慮することは、立法者が熟考の末、あえて不可罰にしていた行為を量刑段階において可罰化することにならないか（間接処罰のおそれ）という点である⁵⁵⁾。しかし、これについても、規範の保護目的論を唱える論者は、むしろ間接処罰のおそれを避けられる点が同説の論拠となると主張する。間接処罰とは、構成要件の実現を「てこ」にして、本来可罰的でない結果の惹起を処罰することをいい、この問題に対する理論的処方箋が、規範の保護範囲論であるという。当該構成要件が、当該犯罪の成立要件とはされていない一定の結果発生危険を摘み取ることも（少なくとも2次的な）目的としているという条件で、結果を考慮する。そうすれば間接処罰の批判を回避できるとする⁵⁶⁾。繰り返しにはなるが、実行行為の危険性の数々の徴表のうち、構成要件の保護目的の範囲内の事情のみを選びとり、範囲外事情は捨象するという量刑事情の限定機能からいえば、間接処罰のおそれの対処策として規範の保護目的論が有用であろう。

（5）客観的帰属論以外の転用可能性

以上のように、実行行為から因果的に生じた構成要件外の結果を犯情事実に取り込めるか否かについて、その結果が当該構成要件（規範）の保護範囲に含まれているかを基準とする規範の保護目的論は基本的には正当なものであると考えられる。この規範の保護範囲論は、犯罪論における客観的帰属論の反映であり、フリッシュやウルリッヒ・ベルツなど犯罪論と量刑論の連続性を強調する立場から、犯行結果の客観的帰属をめぐる規範的基準としての構成要件の保護範囲論が、犯罪成否のレベルと量刑レベルを股にかけて機能すると主張されている⁵⁷⁾。

ドイツでは客観的帰属論は因果関係論のみならず犯罪論全体を貫く思考方法として通説的地位を築いている。しかしながら、これを日本へ直輸入することについては懸念する論者もあり、多数の支持を集めているとはいえない⁵⁸⁾。たしかに、本稿は理論的にあるべき説明を探ることを目的としている。ただ、日本の実務において処罰感情が量刑上考慮される理由について、最善の説明を探る本稿では、仮に客観的帰属論が犯罪論

上も理論的に正当であるとしても、これを基礎にして以降の論述を展開していくことには躊躇を覚える。日本の刑法理論に従ってきたはずの実務を、外国からの輸入品に裝飾を付け替えて眺めるのは、やや独善的な面があろう。その点はさておくとしても、犯罪論を量刑論に転用する立場を前提とすれば、客観的帰属論を犯罪論全体にわたって用いなければならないはずである。もし、犯罪論においてはこれまでの日本の刑法理論を維持し、量刑論においてのみ客観的帰属論を用いるならば、量刑論は犯罪論と異なる独自の領域であるとする見解と等しくなる。すると、犯罪論体系の硬質な構造を量刑においても活かし、量刑事情を自由に選別することを禁じ、量刑事情を厳選するという試みが無に帰することになってしまう。

そこで、日本の判例学説で用いられてきた犯罪論の知見の中で、量刑論に応用可能で、かつ規範の保護目的論と同等の効果を持つものはないか。私見では、客観的帰属論を転用した規範の保護目的論と、危険の現実化説を転用した以下の基準は、ほぼ大差がないと考える。危険の現実化説を量刑論に転用すれば、様々な事情のうち行為の危険性の現実化と評価される事情のみが量刑事情となるという判断基準となろう。因果関係論における危険の現実化説は、日本の判例が用いていると評価されることが多いが⁵⁹⁾、客観的帰属論とほとんど変わりが無い。そのため、これまで検討してきた規範の保護目的論による量刑事情の選別は、判例が用いているとされる危険の現実化説の名のもとに行うことも可能であるといえることができる。そう述べた方が、単に客観的帰属論の日本への導入を説くよりも説得的と思われる。

危険の現実化説は、「行為の危険性が結果へと現実化したか」（危険の現実化）が基準とされて因果関係の判断を行うものである。すなわち、i. 行為の危険性は、行為時に存在した事情を基礎に客観的に判断され、ii. 因果経過の経験的通常性自体には独自の意味はなく、それが欠ける場合であっても、行為の危険性の結果への現実化が肯定されることがある。具体的には、行為後に第三者の行為が介入したとき、当初の行為によって、結果惹起にとって決定的な原因が作り出された場合には、その後の経過が通常のものといえないとしても、行為の危険性が結果に現実化したといえる。これに対し、当初の行為が決定的原因でなく、事後的に介入した第三者の行為が結果惹起にとって重要・決定的な寄与をなした場合には、第三者の行為の介入の可能性・蓋然性があれば因果関係が肯定される⁶⁰⁾。

そして、「因果経過を実行行為の客観的な危険性の現実化（実現）の過程と解する立場は、規範的考慮に基づき結果の行為への帰属を問う客観的帰属論ともはや差はない」⁶¹⁾、あるいは「判例の立場は危険の実現（危険とその現実化）という客観的帰属論の

枠組みを採用している」⁶²⁾と評価されている。客観的帰属論のうち保護範囲論が問題とする具体例の中心は、従来相当因果関係論が対象としてきた、介在事情が存在するために因果関係が認められるか否かが微妙な場合である⁶³⁾。そこでは、①危険創出連関と②危険実現連関という判断が行われる。すなわち、①では実行行為性の判断と一致する、一定の行為が許されざる危険の創出か否か、②では①の危険が結果に実現したこと、当該結果が規範的観点から保護の射程範囲に含まれるかが問われる⁶⁴⁾。危険の現実化説は、行為がもともと有する危険性が実現したか、行為に内在する危険といえるかという構成要件が予定している危険かどうかという規範の保護目的論とはほぼ一致するであろう。

以上のように刑法上の因果関係論を量刑論に転用することには批判が向けられている。現在のドイツの学説の多くが、構成要件外結果の考慮を否定する事例が以下のように3つある。(1)被告人の強盜的恐喝罪の犯行の嫌疑が元同僚にかかり、彼が取調べを受けるなどして強い神経ストレスに陥った事例、(2)亡命志願者である被告人らによる集団窃盜罪の量刑で、亡命志願者全体に対する信用の失墜などが生じたとされた事例（前掲1.(4)(7)の連邦通常裁判所1993年3月16日決定）、(3)被告人が愛人との旅行中に交通事故を起こし、それがきっかけとなって愛人の存在が発覚し、被告人の妻が神経衰弱に陥ったという事例である。論者によれば、上記(1)～(3)の事例について、因果関係論による限定はできないという。相当因果関係を問題とするにしても、上記諸事例における結果は、そのような立場・状況にある者がそのような行為を遂行すれば往々にして生じるもので、因果経過が経験的に稀有・異常とまではいえない、とする⁶⁵⁾。しかし、危険の現実化説では上記iiのように、因果経過の経験的通常性自体には独自の意味はない。同説によれば、(1)は真犯人でない者が被疑者として取調べを受けることによる精神的苦痛は、強盜的恐喝罪の予定している危険性に含まれないこと、(2)は窃盜罪の行為の危険性、財産の侵害に亡命志願者の信用失墜は内在していないこと、(3)は交通事故に関する規範が予定している危険性として、愛人の存在の発覚は予定されていないことから、いずれも限定が可能である。犯罪論における危険の現実化説を量刑論に転用することも可能であると思われる。

(6) 規範の保護目的論あるいは危険の現実化説の転用と幅の理論との関係

規範の保護目的論を採用した場合、ないし危険の現実化説を量刑論に転用した場合、幅の理論においてどう位置付けられるか。

幅の理論では、犯罪行為自体に関する情状、すなわち犯情に応じて量刑の大枠を決定

する。その責任に応じた刑の幅の中で、一般予防・特別予防に関する情状、犯人の年齢、性格、経歴、環境、犯罪後の反省の態度、そして、示談の成否といった一般情状を考慮する⁶⁶⁾。

量刑における規範の保護目的論は、ドイツ刑法 46 条 2 項後段の量刑因子のカatalogueのうち「行為の有責な結果」について、行為時の犯罪行為から生じたあらゆる結果のうち、構成要件の結果以外に考慮できる結果は何かを問う⁶⁷⁾。つまり、量刑にとって重要な行為結果の範囲を画する理論であって、犯情を構成する事情を選別する理論といえる。一般情状に属する事情を選別することを狙った理論ではない。そのため、特別予防の考慮から参考とすべき事情（犯罪時までの生活態度、前科等）や、刑事政策的に望ましく量刑上考慮すべき事情（示談の成否、事後の損害賠償等）は、一般情状に属する⁶⁸⁾から、規範の保護目的論による選別の対象とはならないだろう。

そして、規範の保護目的論を主張する論者の見解からは必ずしも明らかでないが、犯罪行為から生じたある構成要件外結果が、保護範囲外と評価されたときは、犯情を構成する事情から捨象されるとともに、一般情状を構成する事情からも捨象されるのが基本であろう。なぜなら、保護範囲外として犯情から除いた事情を一般情状として取り上げて、刑を 1 ランクないし 2 ランク引き上げるとすれば、規範の保護目的論がもつ量刑事情の限定機能の意義を失いかねないからである。いわゆる「表口で断った客を裏口から恥ずかしそうに引き入れる」⁶⁹⁾ ことになりかねない。また、犯罪論における規範の保護目的論では、保護範囲外と判断されたら、「もはや帰属してはならない」と結論付けられる⁷⁰⁾。犯罪論の硬質な議論を量刑論にも活用する立場からは、帰属を全く否定するという帰結を量刑論においても維持すべきと考える。なお、以上の帰結は危険の現実化説を転用した場合と同様である。

2. 各 説——副次的法益論をめぐる

以上の総説では、処罰感情だけを意識したものでなく、犯情一般において問題となる構成要件外結果の量刑における考慮について検討した。ここでは、処罰感情を意識した副次的法益論をめぐる議論を考察する。

(1) 被害感情、処罰感情を結果あるいは付随的法益として直接量刑上考慮する見解

一つ目に、「被害者や遺族の処罰感情については、それが付随的な法益侵害といえるのか問題となる。当該感情の生じる根拠となっている事実が、既に犯罪そのものの内容

として量刑上考慮されているのであれば、処罰感情を通じてさらに考慮することは二重評価となる。処罰感情を客観化し、それを超えて特別の打撃が遺族らに発生している場合には、それが故意または過失によってカバーされている限りにおいて、考慮対象となる」という見解がある⁷¹⁾。この見解は、犯罪の内容として考慮された部分を越えた処罰感情は、それ自身として、付随的法益として量刑上考慮されうる、と述べる。付随的法益を肯定し、特別の打撃が遺族らに発生していれば、前述のドイツにおける徴表説、保護範囲説のような限定なく、考慮対象とする見解であるように思われる。

二つ目に、結果には構成要件内的結果だけでなく構成要件外的結果も含み、後者に関して、「被害者などの報復的感情を融和することは正当に認められている刑罰目的とはいえないが、報復的感情の惹起を結果構成要素の中に加えることは許されるべきものと考えられる」とする見解もある⁷²⁾。処罰感情それ自体が考慮要素となる点で一つ目の見解と類似する。

しかし、「特別の打撃の有無」という量刑論独自の基準を生み出して、犯罪論の知見を量刑論に転用していないことから、VI 1.(2)単純な予見可能性基準に対する批判が同様にあてはまる。規範の保護目的論に比べ量刑事情の適切な限定が図れないであろう。

私見では、刑罰の目的に少なくとも処罰感情の満足それ自体は含まれないと考える。復讐に国家が加担すべきでないから処罰感情の正面からの考慮は排斥されるべきである⁷³⁾。また、構成要件の本来的な保護法益の外に、副次的な保護利益を想定することは、あまりに便宜的で、限界において不明確である⁷⁴⁾。たとえば殺人罪の処罰根拠はあくまで生命の侵害そのものに求められるべきであって、遺族感情を副次的法益とすれば、殺人罪を部分的に感情に対する罪に変容させかねない⁷⁵⁾。さらに、処罰感情がそれ自体として、量刑上考慮されることは、比例原則、平等原則に反するおそれがある。たまたま被害者の遺族が強い処罰感情を表に出した場合と、遺族が深い悲しみとともに静かに自分を納得させて何も言わなかった場合とで刑が違ってしまう。家族のいる被害者と、身寄りのない被害者の場合とで刑を違ったものとするならば、生命の価値は等しいとする平等原則に反するであろう⁷⁶⁾。被害者がキセル乗車の犯人は死刑に処すべきであると主張したとしても、この主張は比例原則によって排斥されるものといえよう。

(2) 被害感情及び応報感情を犯罪結果に含めるべきでないとする見解

行為者は自己に帰属する結果のみ責任を負い、法益の侵害という媒介項を通して行為者と被害者は結びつき、行為者に帰属する結果のみが被害者に帰属する。たとえば、行為者の行為が違法性阻却事由により正当化される場合、その結果は被害者に帰属しない。

そして、被害者に帰属すべきものとして刑法が取り上げるべきものは、侵害された被害者の法益であり、怒り、悲しみ、復讐などの被害者にわた感情ではないとする⁷⁷⁾。

もっとも、論者自身、財物であるか否かの判断において、刑法で保護に値する程度の財産的価値の中に、その財物に抱いている思い入れなどの被害者の主観的価値を考慮要素として認めている⁷⁸⁾。財物奪取という法益侵害の判断要素として感情を含めて考えているともいえよう。これに関して、「要は法益の侵害において感情の侵害がどこまで予定されているかの問題」という指摘⁷⁹⁾は本質的である。

この指摘から出発して考えると、法益が侵害されれば、処罰感情が生じうるのは、その程度に差があるものの、当然予想しうることである。よって、処罰感情自体が独立した法益となることを否定するとしても、処罰感情が生じることがあることは、生命、身体、自由、財産といった形で普遍化、一般化された刑法の保護法益の中で既に評価されている部分があることは認めざるを得ないように思われる。このことを、「行為者に帰属する結果をとりあげるべきで、行為者に帰属しない被害者の感情は、結果としてとりあげない」と表現するよりは、「行為者に帰属する結果さえとりあげれば、被害者の感情は結果というフィルターを通じてとりあげられることになる」と表現した方が、適切であるように思われる。少なくとも、判決文で被害者の処罰感情に言及している現状や、前述のアンケートで8割の裁判官が処罰感情を理由に量刑を重くしている実態について説明するには適当であろう。

(3) 副次的法益論を肯定し、構成要件外結果として処罰感情を量刑上考慮しない⁸⁰⁾ 見解

裁判所が具体的な処罰感情を考慮しなかったら科すだろう刑（基本刑）には、被害の深刻さ、故意でやったことを考慮してほしいといった関心を源とする被害者の処罰感情がカバーされている。よって、基本刑がカバーする関心が源となった被害者の厳罰希望によって基本刑を加重するならば、二重評価となり、不相当な重みとなってしまう。

他方、責任能力の減退により刑が軽減されることの疑問、被侵害利益の価値に対する過剰な自己評価等、基本刑によりカバーされない関心が源となった処罰感情は、裁判所がコミットできない非合理的なものだから、刑の加重に結びつかない。その意味で、被害者の個人的な希望・意見によって量刑が左右されるべきでないと主張する⁸¹⁾。

この見解が、処罰感情の源となった関心が、被害の深刻さを考慮してほしいといった裁判所としてコミットできる関心であれば、基本刑によりカバーされる部分があるとするのは、先の法益侵害において感情の侵害がどこまで予定されているかという問いへの

答えとなっている。この見解が、処罰感情は基本刑によってカバーされている部分があるとする点には賛同できる。

もっとも、この見解は、量刑実務で被害者らが厳罰を求めていることが被告人に不利な事情として言及されるのはリップサービスないし事件の総括の文脈でなされる限りでは認でき、東京地判平成16年11月2日判タ1168号99頁があてはまるというが、本当にそうだろうか。同判決は「本件各犯行の結果」の項で「本件各犯行により生じた結果は、いずれも誠に重大である」と述べ、その項の中で「被害者丙は、被告人らからの損害賠償金の受け取りを一切拒否しているほか、被害者乙も……受け取りを拒否し……同女らがスーパーフリーの代表であった被告人に対して抱く処罰感情には峻烈なものがある」という事情を挙げている。Ⅲ2.(2)の前田教授らのアンケートも併せ考えると、処罰感情の言及が量刑に影響を与えない単なるリップサービスといえるのであろうか。

また、この見解が、厳罰を求める処罰感情が基本刑を左右しないとする点は厳密ではないと思われる。なぜなら、処罰感情も被害者に生じた被害の大きさを推認させる間接事実になりうる⁸²⁾からである。たとえば、処罰感情が峻烈であれば、傷害罪の場合、犯行後も処罰感情が薄れないほど、犯行の態様や傷害の程度が重大であったり悪質であったりすることを推認できよう。窃盗罪の場合、処罰感情が峻烈であれば、窃取された財物が被害者にとって特別重要で、価値のある物であることを裏付ける間接事実のうちのひとつとなろう。殺人罪の場合、遺族の処罰感情が峻烈であれば、犯行の手段、方法、態様について遺族が宥恕に到底いたらないほど、悪辣であったと評価するための一助となりうる。

以上から、処罰感情は、構成要件要素たる行為の態様や結果の重大性というフィルターを通せば、量刑に全く影響を及ぼさないわけではないといえよう。

加えて、この見解が副次的法益論を肯定し、副次的な保護法益の侵害も構成要件の保護範囲内にありうるとする点は、先述2.(1)のとおり副次的法益論を否定すべきであるから同意できない。副次的法益論の根拠は、論者によれば、犯罪は本来的な保護法益と異なる利益に対する侵害結果を惹起する点である。「たとえば、人にナイフで切りつけられ、噴出した血が被害者の身に着けていた高価な衣服や持ち物に付着して、それらが台無しになってしまうこともあるだろうし、強姦罪などの性犯罪—もっとも、それに限られない—の被害者は、立ち直ることの困難な精神的ショックを受けることも少なくない。それらの利益侵害を保護範囲内にあるものとして説明するためには、構成要件の本来的な保護法益の外に、「副次的な保護利益」を想定することが必要」とする⁸³⁾。

しかし、高価な衣服や持ち物が台無しになった事例では、ナイフで切りつけるという

一個の行為が傷害罪（刑法 204 条）と器物損壊罪（同法 261 条）の罪名に触れる場合で、観念的競合（同法 54 条 1 項前段）の事例である。傷害罪の構成要件の目的が身体保護であるならば、財産の侵害は目的の範囲外であるから、量刑事情として取り上げるべきでない。高価な衣服や持ち物が台無しになったという事情は、傷害罪としてではなく、器物損壊罪として評価され、それ自体として量刑上考慮される。観念的競合では、この事例における器物損壊罪のような処断刑の上限を形成しない被吸収法を、刑を重くする方向で斟酌する。ドイツでも日本でもこのような処理は一般に承認されている⁸⁴⁾。科刑上一罪の趣旨は、数個の罪が包括的に重い刑をもって処断されることであり、軽い罪が重い罪に吸収されて独立性を失わない（最判昭和 23 年 5 月 29 日刑集 2 巻 5 号 521 頁）からであろう⁸⁵⁾。もし、傷害罪の構成要件外結果として器物損壊罪の違法な結果を評価するならば、不法・狭義の責任の程度を各罪で独立に評価すべきという、犯罪論における責任刑法原則に反する。犯罪論の責任と量刑論の責任を全く同一と考える見解を小池准教授が採ることは V 2.(3) でみた。その上、個々の所為の評価を独立して行う方が被告人の防御にも資するであろう⁸⁶⁾。他方、性犯罪における精神的ショックは、副次的法益論を採らなくても、量刑上斟酌されうることについては次の 3.(3) で述べる。

3. 副次的法益論を否定し処罰感情を量刑上考慮する私見

(1) 処罰感情の客観化の手法

私見には、処罰感情が基本刑に影響を持つから、たまたま被害者の遺族が強い処罰感情を表に出した場合と、遺族が深い悲しみとともに静かに自分を納得させて何も言わなかった場合とで刑が違ってしまおうという批判が同様にあてはまるようにも見える。しかし、どのようにして処罰感情を考慮するか、という手法によっては犯罪の重さに釣り合わない苛烈な処罰感情を考慮せずにすむ。

すなわち、個々の処罰感情ではなく、犯罪から一般的に推量できる感情の量を想定し、具体的量刑では抽象的な処罰感情の量に応じて考える。たまたま処罰感情が極めて強い場合でも、抽象的処罰感情を超える量については考慮しない反面、被害者が宥恕していても、処罰感情をゼロと見ずに、隠れた抽象的処罰感情の量を考慮するという手法がある⁸⁷⁾。

先述の 2.(1) の高山説のように、処罰感情を付随的法益としながら、処罰感情の客観化を図る説もあるものの、処罰感情を付随的法益ないし結果に含めない見解からも、処罰感情の客観化はなお意味があるように思われる。

処罰感情の客観化は、被害を受けたことにより、平素の生活にどのような身体的、精神的、経済的、社会的な支障が生じているかを問題とし、PTSDの症状等に関する情報、犯罪が被害者にどのような客観的影響を及ぼしたか明らかにする手法をとる⁸⁸⁾。処罰感情を付随的法益と見る立場では、それ自体独立して量刑の考慮要素となる⁸⁹⁾。

しかし、付随的法益としない立場からは、この手法を用いて判断した抽象的な処罰感情の限度として、相当な範囲で被害者の処罰感情は構成要件要素たる行為の態様や結果の重大性を推認する間接事実としての証明力を持ちうる。反対に、抽象的な処罰感情を超えた不相当な範囲での証明力は持たないと考えるべきである。

具体的には、i. 処罰感情が表明された場合、まず凶器の種類・用法、犯行時の行為者の意図・目的、被告人と被害者との関係、単独犯か共犯か、そして傷害の程度等の事実から抽象的処罰感情の量を算出する。法廷の場で被害者が犯罪の重さに釣り合わない峻烈な処罰感情を表明した場合、算出した抽象的処罰感情の量の限度で、違法性の量を推認できる。

もちろん、ii. 具体的に処罰感情が表明されない場合でも、観念的な順序として先に抽象的処罰感情を算出して、それに基づいて行為態様や結果の重大性を推認できる。それでも処罰感情を表明する量刑上の意義があるとしたら、少なくとも抽象的な処罰感情の量の分だけは処罰感情が存在することを確かめる点であろう。被害者にPTSDの症状等がなく、被害者に生じた客観的な事実や影響が少ない場合に、抽象的処罰感情を上回る処罰感情が表明されたとき、算定された不確かな抽象的処罰感情の量の存在を確証し、それを基に行為態様や結果の重大性を推認する意義がありうる。

他方で、常に処罰感情が抽象的に存在すると想定することは、被害者遺族の処罰感情は熾烈であると固定化され、加害者を許す被害者遺族に対して、異常視扱いすることになりかねない⁹⁰⁾。そのため、iii. 処罰感情の表明がなく、むしろ宥恕している場合、抽象的なものですら処罰感情がないと考えるべきである。その場合、行為態様や結果の重大性を示す間接事実が1つ減り、行為態様の悪質性や結果の重大性に対する消極的評価を示す間接事実が1つ増える。そのことによって、処罰感情が表明され抽象的処罰感情の存在が確証された場合の違法性の量と比べて、同じ違法性の量があることを検察官が立証できないために、量刑が軽くなることがある、と説明できよう。

以上のように考えれば、iii. の場合は特別としても、i. の場合とii. の場合で、たまたま被害者が強い処罰感情を表に出した場合と、深い悲しみとともに静かに自分を納得させて何も言わなかった場合とで刑が異なることにはなりにくいし、遺族の有無により量刑が異なる場面も限られるだろう。

(2) A 説内での位置づけ、幅の理論との関係

A - 2 説, B - 2 説の前提となる処罰感情を犯罪結果に含める考え方がないし副次的法益に処罰感情を含める考え方は採用できない。

では、行為時の行為態様や結果の重大性を推認する間接事実としてのみ処罰感情が量刑に影響しうるとする考えは、どう位置付けられるか。行為態様や被害の程度は犯情のうち違法性に関する事情で、行為時の行為者の心理状態は非難可能性に関する事情である⁹¹⁾。とすると、違法性に関する事情を推認するものとして捉える A 説の中に位置づけられよう (A - 3 説)。

責任に相応する一定の幅を持った刑の枠内で刑罰の予防目的を考慮して最終的に具体的な量刑を決定する⁹²⁾ 幅の理論に即していえば、処罰感情は予防に関する事情ではなく、量刑の大枠となる責任刑を決める犯情のうち違法性に関する事情に影響しうるといえるのではないか。

この考え方を含め、処罰感情を一般情状に関する事項でなく犯情と捉える A 説, B 説に対して次の批判が考えられる。被害者等の意見陳述ないし書面は、犯罪事実の認定のための証拠とできないと定める刑訴法 292 条の 2 第 9 項、被害者参加人等による意見陳述は証拠とならないと定める同法 316 条の 38 第 4 項の規定に反しないか。

292 条の 2 第 9 項は、陳述の手続は証拠調べではないから、厳格な証明の対象とされている犯罪事実の認定のための証拠とできない、という規定である。同項の「犯罪事実」には犯罪事実それ自体に属する情状である犯情が含まれ、その反対解釈として一般情状に関する事柄に関する意見陳述であれば、量刑資料にできるといわれる⁹³⁾。たしかに、犯罪事実には属さない一般情状は自由な証明で足りるとするのが判例 (最判昭和 24 年 2 月 22 日刑集 3 巻 2 号 221 頁など)・通説である。しかし、一般情状であっても、刑罰権の量や刑の執行猶予の適否を決定する重要な事実であるから、厳格な証拠によって証明させようとする実務の運用が多い⁹⁴⁾。この運用に沿って考えれば、意見陳述でなく、供述調書や証人としての供述を、厳格な証拠 (適式な証拠調べを経た証拠能力のある証拠) として、犯情を推認する間接事実とすべきである⁹⁵⁾。供述調書、証人としての供述はⅢ 1. で示したように被害・処罰感情についての供述も含まれることがあるからである。

このように供述証拠・証人の供述を犯情を推認する間接事実とできる。他方、292 条の 2 の意見陳述における科刑意見は、同条 9 項により犯情を推認する間接事実とできない。この区別の合理性もある。一つ目に、意見陳述の時期は、証拠調べ終了後、検察官の論告及び弁護人の弁論前であることが多い⁹⁶⁾。そのため、例えば、自動車窃盗を死

刑と確信する被害者の意見陳述では、抽象的処罰感情の量を越えていることを指摘する機会を被告人に与えられず、問題がある。供述証拠、証人としての供述であれば、その機会は与えられる点で区別される。二つ目に、被害者等の科刑意見には主張、意見の側面と証拠、事実の側面がある⁹⁷⁾。292条の2の意見陳述では、例えば、被害弁償の有無等が重要な情状事実である場合、その事実がそれまで取り調べられた証拠に表れていなければ、やはり証人尋問における証言や領収書等の証拠によって認定されるのが相当なため、その陳述が制限される⁹⁸⁾。そのため、意見陳述では新たに証拠となる事実を提出できないと考えるべきであり、主張、意見の性質を主に有するといえる。他方で、供述証拠、証人としての供述で処罰感情を述べる際には、新たに証拠となる事実を提出することができ、証拠、事実としての性質を主に有するといえ、区別されよう。処罰感情が客観的な事実に基づいて述べられることは、抽象的処罰感情の量を越えない比例原則に適う合理的な間接事実と示すことにもつながる。

そして、292条の2は処罰感情などの被害に関する心情を中心とする意見に限って陳述することが認められるのに対し、316条の38第1項は被害者参加人等による事実または法令の適用についての意見陳述について規定する。316条の38は主張としての性質が主で、同条4項により証拠とならない⁹⁹⁾。

(3) 個人的法益に対する罪での私見の帰結

これまで縷々述べてきた、被害感情と処罰感情の区別、犯罪論の量刑論への転用、規範の保護目的論・危険の現実化説の思考方法、そして処罰感情の客観化の手法を組み合わせた場合の帰結はどうか。以下では、個人的法益に対する罪について、構成要件の予定する目的・危険性の中に被害感情が含まれるか争いがありうるため、概略を示す。

堕胎罪、殺人罪、そして遺棄罪等の生命に対する罪では、人の生命の保護が構成要件の目的であり、人の生命の侵害が実行行為に包含されるべき危険性である。殺人未遂罪等で被害者が生存し、その処罰感情が激しいことが示されれば、行為の悪質性・残忍性・執拗性そして危険性、結果の重大性を推認する間接事実となる。そして、生命という重大な法益の他に、悲しみや苦しみの感情という副次的法益概念を認めない。そのため、被害者本人の被害感情は、保護範囲に含まれないから、構成要件外結果とはならず、処罰感情と同様に一括して把握され、間接事実となる。遺族の処罰感情・被害感情も、同様に間接事実となろう。副次的法益論では、人の殺害がそれが誰に対するものであっても、遺族その他の者を含む社会全体にとって、等しく辛い出来事であるという擬制的な評価を前提に、遺族の被害感情は副次的法益として観念する¹⁰⁰⁾。副次的法益論を否定

しても、遺族の処罰感情・被害感情両方を、同様にその擬制的な評価を用いて行為の悪質性・結果の重大性を積極的に評価する間接事実として用いられる。

暴行罪、傷害罪、そして危険運転致死傷罪等の身体に対する罪では、被害者本人の処罰感情が間接事実となることは同様である。被害者本人の被害感情は構成要件の保護範囲内であり構成要件外結果として犯情を重くする独自の量刑事情となる。被害を受けた悲しみや苦しみという被害感情は、身体に異常をきたす直接の原因となるからである。失神や、福岡高判平成12年5月9日判時1728号159頁のように心的外傷後ストレス障害(PTSD)などの心理的・精神的障害が、生理機能を害することの中に含まれることは、その証左である¹⁰¹⁾。

また、生命を故意に奪う行為を禁ずる殺人罪と異なり、傷害致死罪・業務上過失致死罪は、傷害罪・過失傷害罪の結果的加重犯であり、基本犯の構成要件の保護目的が身体の保護である。よって殺人罪と区別して被害感情を構成要件外結果としてとらえてよい。危険運転致死罪は基本犯である故意の危険運転と故意のない死傷結果を組み合わせた特別加重類型とするのが多数説である¹⁰²⁾。これに従うと、危険運転を禁じる道交法違反の各罪の保護目的が道路交通秩序の維持に止まらず、交通事故による身体の危険からの保護までも含むといえれば、刑法典の傷害の罪の章に規定があることにも鑑み、傷害罪等と同様に扱うことになる。

遺族の処罰感情は間接事実となる。遺族の被害感情は被害者自身の被害感情と異なり、規範の保護目的外であり、間接事実となるにとどまると考える。規範の直接の目的は被害者自身の身体の保護であるからである。当事者とコミュニティという区分をした場合、被害者本人は前者に、被害者遺族は後者に属し区別される。遺族の被害感情が表明されない場合でも等しく客観的事情等によっても違法性は推定されるから、遺族の有無による量刑判断の不平等性を回避できる¹⁰³⁾。遺族の被害感情が規範の保護目的外である理由として、遺族に対する精神的侵害を、生の現実在即して考慮することは、当該遺族の被害者を大切に思う気持ちの度合い、言い換えれば被害者の人格的価値に対する「選り好み」を、刑事裁判所が追認することにはかならず、生命価値の平等との実質的抵触が避けられないこともあげられる¹⁰⁴⁾。

逮捕・監禁罪、略取・誘拐罪、脅迫罪、強要罪、そして性的自由に対する罪等の自由に対する罪では、処罰感情は間接事実となる。そして、監禁罪における可能的自由説¹⁰⁵⁾では被害者が監禁の事実を認識していない場合ですら犯罪が成立することにも鑑みれば、被害感情は、行動や意思決定の自由、性的自由を害したか否かとは別個の要素といえ構成要件外結果とならず、被害感情も間接事実となろう。被害感情がPTSD等

に至れば、傷害罪として評価されうる。

(4) 具体的事例での適用

(ア) アンケート調査

本稿の帰結として、Ⅲ 2.(2)の前田教授らのアンケートがどのように説明されるか。同アンケートは殺人罪の事例で処罰感情が表明された場合である。その場合、間接事実として、抽象的処罰感情の存在を確証した上で、行為態様、結果の重大性を推認する。同アンケートの遺族の許しを得た場合と比べて量刑に差が出ており、遺族の有無による量刑判断の不平等性の問題があるようにもみえる。しかし、もし遺族がいなかった場合、別の客観的事実等が間接事実の役割を果たせば、検察官は抽象的処罰感情の存在を示したり、違法性の量が多いことを示すことができ、i. 処罰感情を表明した場合、ii. 処罰感情も宥恕も示さなかった場合との不均衡は生じにくいように思われる。ただし、iii. 処罰感情を示さず、宥恕を示した場合、抽象的処罰感情がなかったことの証拠となり、行為態様・結果の重大性を示す間接事実がなくなり、むしろその消極的評価となる間接事実が増えることで、結果的に検察官がi. ii. の場合と同じ違法性の量を立証することができない場合もあると思え、アンケートではi. の場合とiii. の場合とで、0.95年の量刑の差が生じているのであろう。特に、事例が5行しかなく¹⁰⁶⁾、客観的な間接事実が少ない中でアンケートだったため、処罰感情・宥恕という間接事実は大きな意味を持つから、明確な数字の差が生じたと思われる。

(イ) 処罰感情の表明が量刑を左右しない典型例

仙台地裁平成22年8月27日裁判所Webサイトの営利誘拐、逮捕監禁、強盗殺人事件がある。被告人は、5人の共犯者と共謀の上、被害者を営利の目的で自動車に乗せて誘拐した上、山林で逮捕監禁した。そして、被害者の頸部をロープで絞め付け、頭部をバールで殴るなどし、被害者を死亡させた後、被害者の自宅金庫内から現金約五千万円及び預金通帳数通を強取した事案である。

この事案では、被害者を全裸の状態にして財産の隠し場所を白状させたこと、犯行が組織的で5人の多数で行ったこと、そして、人体の枢要部である頭部を殺傷能力の高いバールで複数回殴ったことから、行為態様が特に悪質・残忍であったといえる。そのため、十分に抽象的処罰感情の量を算出できる。行為態様・結果の重大性・抽象的処罰感情等から犯情の大枠を定めることができるため、被害者の遺族が具体的に処罰感情を表明したとしても、その大枠を上下させない¹⁰⁷⁾。被害者の遺族が処罰感情を表明した場合としなかった場合と刑が異なることはない。

処罰感情を一般情状に属すると考える説¹⁰⁸⁾では、被害者の遺族が処罰感情を表明した場合は犯情の大枠の中で1ランクないし2ランク量刑が重くなり、処罰感情を表明しなかった場合と差が生じる。繰り返しになるが、VI 2.(1)でみたように、たまたま被害者の遺族が強い処罰感情を表に出した場合と、遺族が深い悲しみとともに静かに自分を納得させて何も言わなかった場合とで刑が違ってしまうこと、家族のいる被害者と、身寄りのない被害者の場合とで刑を違ったものとするならば、生命の価値は等しいとする平等原則に反すること、これらの井田教授の指摘があてはまるように思われる。

(ウ) 処罰感情が量刑を左右する可能性がある例

横浜地裁平成22年11月10日公刊集未掲載では、被告人は、精神病様の症状が現れた妻の世話をしていたが、暴れる妻を制止しようとして妻とともに転倒した際、妻が後頭部を床に強打して頭から大量に出血した姿を見た。被告人は、ここで死なせてやるのが妻のためであると考えて妻を絞殺した¹⁰⁹⁾。

小林弁護士は「このようなケース（引用者注：おそらく日頃世話をしてきた身内を家族が殺害するケース）では、結果はもちろん、行為態様も大きく変わらないことが多いから（絞殺が多い）、犯行に至る経緯・動機に同情される事情があるのかが極めて重要」と述べる¹¹⁰⁾。

客観的行為態様・結果の事実のみでは検察官が違法性を立証するのに十分でなく、違法性を立証する事実が不足している場合といえよう。被害者遺族の処罰感情（未遂にとどまる場合は被害者自身の処罰感情）が表明された場合、行為態様や結果の重大性を示す間接事実が一つ増えることになり、犯情の大枠が上に広がりうる。処罰感情が表明されなかった場合、違法性の量を示す間接事実が一つないことによって、検察官が違法性の量を示すことに失敗することがある。その結果、処罰感情が表明されたか否かにより犯情の大枠が変わる可能性がある。もちろん、犯行の経緯、動機その他の事実によって違法性の量を立証することに成功し、処罰感情が表明された場合と結果的に同じ量刑になる場合もあり、その場合がほとんどだろう。処罰感情の表明の有無によって刑が異なることにはなりにくい。

この事案で仮に生存した妻や妻の両親が処罰感情を表明しても、小池准教授の見解では全く量刑に影響しない。

もし、この事案で生存した妻や遺族の宥恕が示されれば、違法性の量を示す間接事実が一つ減り、むしろ違法性の量が少ないことを示す間接事実が一つ増える。そのため、量刑が軽くなると説明できる。また、処罰感情を構成要件外結果と見れるか否かの問題とする一方で、宥恕は刑事政策的観点から一般情状に属するという考えもありうる。この考えからも量刑が軽くなると説明できる¹¹¹⁾。

(エ) 被害感情と処罰感情を区別すべき典型例

大津地裁平成 23 年 1 月 28 日公判集未掲載¹¹²⁾では、強盗致傷事件で、被害者は「殺されるかもしれないとの恐怖などの精神的苦痛を味わい、事後も当夜のことを夢に見たり、サングラスをかけた人間に恐怖を覚えたりしており、その影響は深刻である」と認定された。これは悲しみ・苦しみであり被害感情に属する。強盗致傷罪（刑法 240 条前段）は人身犯の側面もあり、強盗行為において生じがちな生命・身体に対する侵害を防止することを目的とする¹¹³⁾。そして、悲しみや苦しみは、身体に異常をきたす原因となる。したがって、被害感情は身体を保護する構成要件の保護範囲内あるいは身体を侵害する危険の現実化といえ、独自に犯情を重くする。この帰結は小池准教授の説及び原田元判事の説と同じである。

被害者は「弁償の申出を断って被告人の厳罰を求めている」という判示部分は処罰感情の表明であり区別すべきである。

(オ) マニュアル化

以上をマニュアル化すれば、次のようになる。

- | |
|---|
| <p>・被害者本人・遺族の処罰感情、遺族の被害感情ならば</p> <p>他の事実、証拠から十分違法性の量を立証できる場合→影響なし</p> <p>できない場合→間接事実として影響あり</p> <p>・被害者本人の被害感情ならば</p> <p>構成要件の保護範囲内→独自に犯情の要素</p> <p>保護範囲外→間接事実として処罰感情と同じく扱う</p> |
|---|

Ⅶ C 説, D 説, E 説の検討

次に C 説はどうか。処罰感情があるからといって、国家が厳罰をもって介入する必要性が高まるわけではなかろう。私人による報復を国家が禁止するのは、国家の社会秩序の確保のためであるから、第一義的には刑罰権の行使は公益目的であるはずである。国家刑罰権が個人の報復を代替するものでなく、復讐に国家が加担すべきでないという価値判断からすれば、処罰感情によって刑罰を科す必要性が高まるという説明は採るべきではないように思われる。

そして、D 説について、被害者感情そのものが特別予防の必要性を減じるというわけ

ではなかろう。すなわち、被告人の態度が被害者感情に影響を与えた結果、宥恕したと捉え、被害者感情自体の考慮というよりは、被告人自身の積極的な行動という意味で評価すべきである¹¹⁴⁾。よって、D説も採るべきでない。

最後に、E説は被害者の救済を刑事司法の基本的な目的とするならば、刑を重くする方向で考慮できるとする。被害者の救済が基本的な目的となるかどうかについては争いがありうる。

これを肯定する立場からは「刑事司法は公益のためだけではなく、犯罪被害者の利益のためにも存在しなければならない。被害者が、事件の真相を知り、名誉と失われた尊厳を回復し、適正な刑罰の実現と、公正な裁判を求めて刑事司法に参加することは当然の権利である」¹¹⁵⁾という主張があろう。

否定する立場は、被害者保護にとって意味があるのは観念的な応報や報復感情の満足ではなく、金銭的保証や立ち直りの支援、2次的、3次的被害の防止といった非刑罰的施策であるという理由や、被害者や遺族の感情や要求は千差万別であるのに加害者に厳罰を求めるものというプロトタイプで見てしまいがちで、報復感情は必ずしも現実の被害者や遺族の真意に沿うとはいえないという理由¹¹⁶⁾を挙げるだろう。

被害者救済が刑事司法の目的であるという発想は、非刑罰的施策の必要性から人々の目をそらさせ、国の施策の不十分な部分を隠蔽することにもなりかねない¹¹⁷⁾。また、被害者感情は量刑の段階で考慮すべきではなく、場合によっては刑事司法システム外のところで実践していくべきである¹¹⁸⁾。たしかに、被害者にとって感情表出は重要であり、そうした場を確保することが被害者の切実なニーズであるが、それが刑事裁判の場でないといけないとはいえない。刑事司法の焦点は事件そのものに当てられており、その関心は犯罪者を確定しその法的責任を決定するという狭い論点に関わる。刑事裁判は心理学的な癒しという働きにふさわしい場とはいえるか疑問である¹¹⁹⁾。被害者救済は刑事司法の基本的目的とはならないように思われる。よって、E説も採るべきではない。

Ⅷ 補説——刑罰論の視点からの確認

1. 相対的応報刑論

現在では、刑罰の本質は応報としての害悪・苦痛であるが、その目的は犯罪の防止であるという相対的応報刑論が支配的見解であり、量刑実務の考え方であるという¹²⁰⁾。

そして、相対的応報刑論の責任と予防の二律背反性を解決する枠組みが、幅の理論である¹²¹⁾。私見は、VI 3.(2)で述べたように、この幅の理論において、処罰感情を、犯情のうち違法性に関する事情を推認する間接事実として位置付けており、幅の理論と整合しうるため、相対的応報刑論の理解と決して反するものではないであろう。

2. 特別予防論

基本的には、上述の「7 C 説, D 説, E 説の検討」のD 説の項目でみたように、被害者感情の有無が、それ自体として直接、特別予防の必要性を増減させるわけではないといえよう。ただし、刑罰論として特別予防をどう捉えるかによっては、処罰感情を犯情のうち違法性に関する事情として用いることが、量刑の大枠を決定する手順を踏むことで、間接的に特別予防の必要性を考える際に役立つと考えることは可能であろう。

例えば、佐伯千仞博士の説によれば、特別予防の観点と処罰感情の量刑上の考慮とを結び付けうるであろう。同説によれば、「刑罰の内容を決めるものは、……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的な考慮なのである」。「刑罰の中心的目的が、行為者の規範意識に訴えてその回心（あるいは改俊・後悔といってもよい）をもたらすことにあるとすれば、そこに特別予防の要求の満足もある」¹²²⁾。この考え方は、特別予防を最終的な目的とする場合においても、行為責任刑を量刑の出発点として、改俊しなければならない対象としての責任の大きさが重要な役割を演じると理解できる¹²³⁾。そうすると、行為責任を定めるにあたって、違法性の量を立証する間接事実として処罰感情を考慮する、という見方もできるであろう。

さらにいえば、刑罰は、犯罪者の改善・治療、社会復帰だけを企図するのが望ましいとする立場から、自由刑を用いる意味は、社会から向けられる応報感情からの、犯罪者の保護にあるとする説がある。犯罪者を再度受け入れる状況が整えられるために、犯行の重大性に比例した量刑によって相応の応報感情を汲み取ることが要求されるといふ¹²⁴⁾。犯情の大枠として犯行の重大性を確定するにあたって、処罰感情を間接事実として量刑資料とすることは、同説とも矛盾しないといえよう。

3. 一般予防論

古典的なフォイエルバッハの心理強制説を持ち出せば、刑罰による威嚇によって心理

的強制を行うためには、合理的人間を前提にすれば、刑罰により与える苦痛は犯罪によって得られる快樂を少し上回るものであれば足り、犯罪と刑罰とは均衡のとれたものでなければならない¹²⁵⁾。刑罰論として予防刑論に従う多くの学説は、一般予防目的は、直接的な量刑基準でなく、責任相当性の原則（刑の重さが犯行に対する責任の重さに見合ったものであることを要求する考え方）を導く背景としての役割を与え、一般予防論を背景とした犯行の重大性を量刑基準の中核に位置付けている¹²⁶⁾。

他方、積極的一般予防論は、人の規範意識に働きかけ、規範を防衛することによって、犯罪を予防しようとするものである。積極的一般予防論によれば、犯した犯罪に不相応な刑を科すことは、かえって規範に対する市民の不信を招き、犯罪の予防という観点からも逆効果となるから、するべきでない¹²⁷⁾。

このように、一般予防論からは、犯罪と刑罰との均衡、あるいは、犯行の重大性は、一般予防と関連性があり、犯行の重大性を決定するにあたり、処罰感情を間接事実として考慮することは一般予防論の帰結として不自然であるとはいえないだろう。

4. 小 括

以上のように、刑罰目的についてどこに力点を置いた説明をしたとしても、責任相当性の原則を導くことはなしうるのであって、責任相当刑を判断するとなると、違法性の大きさを量る作業が必要となろう。そのため、基本的には、処罰感情を間接事実として違法性の量を推認する考え方は、ほとんどの刑罰論と矛盾しないといってよいだろう。

このことは、ある事情を量刑上考慮できるか否かという問いに対して、刑罰目的から直截的・演繹的に答えることが困難であることを示しているといえよう。「学説は、形而上的ないし抽象的な論議にとどまるか、あるいは、極めて特異な量刑事情に関するものが多く、実務において、実際の量刑に当たりこれらを直接的指針として用いることは困難である」¹²⁸⁾と指摘されることがある。まさに、処罰感情の量刑上の考慮という問題を論ずるにあたって、刑罰論を直接的指針として用いることができないという点で、論者の指摘があてはまる典型的場面であろう。

さらには、「理論の側からする立法批判は、刑法の謙抑性とか侵害原理とか象徴的刑法とか、そのような抽象度の高い命題から演繹されるものである限り、それは説得力を持ちえないであろう……。1990年代以降、ドイツの学説が立法と実務への影響力を急速に失っていったことの一つの理由は、理論の抽象度が高すぎたところにあったように思われる。日本の学説が、よりによってドイツ刑法学のそのような部分（だけ）を模倣

する理由は全くない」¹²⁹⁾ともいわれる。Ⅵ 2.(1)ですでに触れたように、家族のいる被害者と、身寄りのない被害者の場合とで刑を違ったものとするならば、生命の価値は等しいとする平等原則に反するであろうと井田教授は述べている。このように、問題の本質を平易な言葉で表現し具体的場合を想起させることに成功すれば、説得力を失わないのではないかと考えられてならない。

本稿では、格調高い刑罰論の深遠な議論を展開することは避けて（もとより筆者はその能力を欠くが）、特にⅥ 3.(4)「具体的事例での適用」の項目で他説の不都合性を指摘したように、抽象度を高くせず、地に足のついた具体的な議論を心がけたつもりである。

Ⅸ おわりに

A説、B説の検討のⅥ 2.で紹介した被害者感情の客観化の手法を用いた場合、客観化・抽象化されなかった部分の主観的・具体的な被害者感情はどこへいってしまうのか。また、被害者救済が刑事司法の基本的な目的でないとしたら、被害者保護はどのような場で果たされるのか。

これについて考えるのに、Ⅱ 2.で述べた被害感情＝回復感情と処罰感情＝応報感情の区別が役立つ。「回復感情と応報感情とは反比例の関係に立ち、回復感情が充足されることによって、応報感情は減弱されるという関係にある。したがって、回復感情を充足するための措置をまず第一に模索しなければならないのである」¹³⁰⁾という指摘がある。回復感情を充足するために、社会は被害者の社会復帰を可能にする機会を提供するための物理的、精神的援助を与えることが必要である。まずは犯罪被害給付制度の拡充、カウンセリング費用等心理療法の公費負担が必要であろう。遺族 261 人へのアンケートでは、給付金額の多寡について少ないと感じたものが半数近く（45.2%）おり、給付を少ないと感じた者は受給による不快感やみじめさを覚える傾向があり、多いと感じた者にはその傾向が見られないことが指摘されている¹³¹⁾からである。また、被害者のニーズとしてこの二つが特に重視されている¹³²⁾からである。ドイツの犯罪被害者等に対する給付制度は、国が国民の安全を守れなかったことによる補償制度と位置づけられ¹³³⁾、このような立場からは十分な給付制度を確立することは私人による自力救済の禁止を原則とした国家にとって当然の責務といえよう。加えて、医師による心身の治療、民間支援員、弁護士、そして臨床心理士等による支援が可能な性犯罪被害者のためのワンストップ支援センターの設置促進が現在行われている¹³⁴⁾。被害者支援に関する情報提

供を必要と感じた人が被害者等の回答者のうち8割以上を占めている¹³⁵⁾ことからすれば、性犯罪に限らず人身犯罪に対象を広げた上で、被害を受けて接する可能性が高い医療機関にワンストップ支援センターを置くべきであろう。

他にも、回復感情充足の一助として修復的司法の試みが考えられる。少年対話会といった、犯罪に至った環境・素質等を当事者の対話によって明らかにする修復的司法によって、加害者がモンスターではないこと、再度被害を受ける心配がないことなど、被害者が安心感を得ることができると主張されている¹³⁶⁾。そして、修復的司法には、修復的司法と刑事司法との相互の独立性と相互補完性を認める二元的モデルがあり¹³⁷⁾、被害者救済が刑事司法の基本的目的とならないとする立場と整合するようと思われる。もちろん、修復的司法によっても、被害者が対象者に抱く怒りや憎悪、悲嘆などの感情は容易に緩和しないことも多いだろうし、損害の回復がたやすくなされるものでもないだろう。修復的司法の限界には、全国被害者支援ネットワーク等の被害者援助活動の拡充による解決が望まれる。

なぜ、被害者・遺族が処罰感情を表明すると、量刑が重くなりうるのかに対する答えとして、「違法性を左右する行為時の行為態様や結果の重大性を推認する間接事実として、処罰感情が量刑に影響しうるためである」という答えが考えられる。これは処罰感情が犯罪結果に含まれず、処罰感情がそれ自体として直接に量刑上考慮されるべきでないとしながら、裁判実務において処罰感情が量刑に影響を与えうることを説明する一つの方法と思われる。このように量刑において処罰感情を持ち出すことに慎重な立場を採ることと、被害者保護を志向することとは相反するものではないといえよう。

注

- 1) 伊藤栄樹ほか『新版 注釈刑事訴訟法 第三巻』(立花書房, 1996) 275頁〔佐藤道夫〕, 松本時夫ほか『条解 刑事訴訟法 〔第4版〕』(弘文堂, 2011) 444頁。
- 2) 堀内捷三「刑法と被害者の保護—犯罪論への被害者の位置づけのための試論」研修670号(2004) 3頁。
- 3) 横田信之「被害者と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第2巻 犯情等に関する諸問題』(判例タイムズ社, 2011) 8頁。
- 4) 警察庁『犯罪統計書 平成24年の犯罪』(罪種別 認知の端緒別 認知件数), <http://www.npa.go.jp/archive/toukei/keiki/h24/h24hanzaitoukei.htm>
- 5) 高橋則夫「刑事司法における犯罪被害者施策の課題と展望」犯罪と非行164号(2010) 11, 25頁。同『刑法における損害回復の思想』(成文堂, 1997) 183-185頁。
- 6) 吉村真性「刑事手続における被害者参加(三・完)」龍谷法学39巻4号(2007) 166, 167頁。
- 7) 長島裕「犯罪被害者をめぐる現状」法律のひろば50巻3号(1997) 18頁。
- 8) 吉村・前掲(注6) 159頁。
- 9) 同上164頁。

- 10) 同上 165 頁。
- 11) 前田雅英＝合田悦三＝井上豊＝野原俊郎『量刑に関する国民と裁判官の意識についての研究－殺人罪の事案を素材として』（法曹會，2007）1 頁以下。
- 12) 同上 185 頁。
- 13) 同上 188 頁。
- 14) 同上 47 頁。
- 15) 横田・前掲（注 3）96 頁以下。
- 16) 同上 49 頁以下。
- 17) なお、横田・前掲（注 3）96 頁には、「被害者の科刑意見には、主張としてのもの（弁論としての意見陳述におけるいわゆる被害者求刑など）と、証拠としてのもの（心情等についての意見陳述、証人尋問における供述）に分けられ…以下においては、後者を含む被害感情を中心に検討する。」とある。そして、同 87 頁では、被害感情の二義性についてふれた上で、「實際上、この両者が明確に区分できるのかという問題は残る」とあることから、必ずしも厳密に処罰感情と被害感情を区別してはいないと思われる。そこで、A 説ないし E 説の説明で横田判事が被害感情と述べる部分はそのまま残してある。
- 18) 中野次雄『刑法総論概要〔第 3 版補訂版〕』（成文堂，1997）56 頁。
- 19) 小林充ほか「座談会『量刑判断の実際』と量刑理論」法律時報 76 卷 4 号（2004）78 頁〔小林発言〕。
- 20) 井田良「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集 113 号（2004）211 頁。
- 21) 出射義夫「刑事責任論に対する一私案」獨協法学 1 号（1968）37-40 頁。
百瀬武雄＝安森幹彦「量刑基準と国民意識」法務総合研究所研究部紀要 31（1988）4 頁も、量刑にあたって、どんな精緻な理論を展開しても、出された結論が、民衆の意識の中にある刑の量に対する感覚を充足しなかったり、それを越えたりするものならば、量刑は国民の支持を得られない旨を述べ、量刑が理論に拘束されない立場をとる。
- 22) 野村健太郎「量刑事情の選別と行為責任主義」早稲田大学大学院法研論集 134 号（2010）271 頁は、行為責任が刑量に対して何らかの制約的意味を持つことを承認する限度で、学説はほぼ一致することを指摘する。いわゆる幅の理論で責任相当な幅の上限を予防的考慮によって上回ることは許されないなど、刑罰が責任を越えてはならないという。
- 23) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』（有斐閣，2008）441, 442 頁。
これに賛成する実務家として、古江頼隆「併合罪における量刑判断の方法—刑法 47 条について判示した最高裁判決（新潟少女監禁事件）」法律のひろば 56 卷 11 号（2003）76 頁は、併合罪についての一個の刑の量定は、行為者という一個の人間に対してこれを行うから、審判対象の全ての事情を総合して、行為者の悪性、人格・性格を評価してこれを行わなければならないと述べる。
- 24) 佐久間修『刑法総論』（成文堂，2009）251 頁。
- 25) 本庄武「量刑責任の刑罰限定機能について（2・完）」一橋研究 24 卷 2 号（1999）132 頁。
- 26) 小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学 1 号（2004）307-309 頁、本庄・前掲（注 25）133 頁。
- 27) C. ロクシン（中空壽雅訳部分）『刑法における責任と予防』（成文堂，1984）183, 222 頁。
- 28) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（二）」法学研究 55 卷 11 号（1982）59 頁。
- 29) 本庄・前掲（注 25）134 頁。
- 30) 同上 135-137 頁。
- 31) 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社，1990）542 頁、大塚・前掲（注 18）553 頁、川崎一夫『体系的量刑論』（成文堂，1991）107 頁、城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂，1995）112 頁。
- 32) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（一）」法学研究 55 卷 11 号（1982）

- 82 頁、城下・前掲（注 31）112 頁。
- 33) 本庄・前掲（注 25）136 頁。
- 34) 小池・前掲（注 26）312, 313 頁。
- 35) 西田典之『刑法総論 [第 2 版]』（有斐閣，2010）84 頁。
- 36) ルネ・ブロイ（高橋則夫訳）「量刑における行為の非構成要件の結果の考慮」東洋法学 39 巻 2 号（1996）225 頁。
- 37) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（三）」法学研究 55 巻 12 号（1982）92-94 頁。
- 38) 同上 94-96 頁。
- 39) 伊藤寿「構成要件の結果以外の実質的被害の発生と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第 2 巻 犯情等に関する諸問題』（判例タイムズ社，2011）245 頁。
- 被告人が、家出少女を乗せて貨物トラックを運転し、人気のない森に来たところで同女を誘惑しようとしたが拒絶され、同女に対し、トラックから降りよう強要して降車させ、トラックを走らせ始めたところ、同女が降車後トラックの牽引車との連結部分に腰を下ろしていたため、転落し、後続車にひかれて死亡したという強要罪の事案である。被害者の具体的な死亡結果について、被告人は予見可能性がなかったとされた。
- 40) 井田・前掲（注 37）98, 99 頁。
- 41) 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）23 頁。
- 42) 小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学 7 号（2007）44 頁。
- 被告人（男性）は、窃盗、横領、詐欺及び文書偽造で有罪となったが、原審は量刑で、3 人の被害者（女性）が、一連の犯行によって著しい精神的被害を受けたことを考慮した。被告人は、被害者らの信頼と好意を悪用して、一部には継続的な交際・結婚を約束したり、仕事を辞めさせ、小切手用紙をせしめ偽造したり、自分の買い物の支払いや換金に使った。
- 43) 井田・前掲（注 37）99 頁。
- 44) 同上 99, 100 頁。
- 45) 同上 100 頁。
- 46) ヴォルフガング・フリッシュ（岡上雅美訳）「犯罪論と量刑における不法と責任」法政理論 35 巻 4 号（2003）342-374 頁で、フリッシュが刑罰根拠づけ責任と量刑責任が区別される見解に否定的で、量刑責任にとって重要な事情は犯罪論よりも広いことを認める立場にあることが示されている。
- 47) 岡上・前掲（注 41）23 頁。
- 48) 小池・前掲（注 42）41 頁。
- 49) 伊藤・前掲（注 39）246 頁。
- 50) 岡上・前掲（注 41）46 頁。
- 51) 同上 26 頁。
- 52) 小池・前掲（注 42）57-59 頁。
- 53) 城下裕二「量刑事情の意義と限界」現代刑事法 21 号（2001）29 頁。
- 54) 井田・前掲（注 32）96 頁。
- 55) 岡上・前掲（注 41）54 頁。
- 56) 小池・前掲（注 42）55, 56 頁。
- 57) 同上 53, 54 頁。
- 58) 佐伯仁志「因果関係論」『理論刑法学の最前線』（岩波書店，2001）27-29 頁，山口厚『問題探求 刑法総論』（有斐閣，1998）28-30 頁，町野朔「客観的帰属論」『刑法の争点 [第 3 版]』（有斐閣，2000）25 頁など。
- 59) トランクルーム事件の最高裁判所判例解説刑事篇平成 18 年度版 210 頁〔多和田隆史〕，高速道

- 路上停止事件の同平成 16 年度版 478 頁〔上田哲〕、患者不養生事件の同平成 16 年度版 143 頁〔前田巖〕、高速道路進入事件の同平成 15 年度版 416, 428 頁〔山口正高〕、夜間潜水事件の同平成 4 年版 234 頁以降〔井上弘通〕、柔道整復師事件の同昭和 63 年度 275 頁以降〔永井敏雄〕等。
- 60) 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣, 2007）60, 64 頁、斎藤信治『刑法総論〔第 6 版〕』（有斐閣, 2008）128-131 頁、山口厚『新判例からみた刑法〔第 2 版〕』（有斐閣, 2008）6-14 頁。
 - 61) 山口・前掲（注 60）総論 60 頁。
 - 62) 高橋則夫『刑法総論』（成文堂, 2010）130 頁。
 - 63) 前田雅英『刑法総論〔第 5 版〕』（東京大学出版会, 2011）187 頁。
 - 64) 山中敬一『刑法総論〔第 2 版〕』（成文堂, 2008）279-284 頁。
 - 65) 小池・前掲（注 42）48-50 頁。
 - 66) 阿部純二「量刑論の現状と展望」現代刑事法 3 巻 1 号（2002）8 頁、岡田雄一「量刑―裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社, 2002）486 頁。なお、岡田判事は被害感情を一般情状に属すると捉えている。
 - 67) ルネ・プロイ・前掲（注 36）222, 230 頁。
 - 68) 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）304, 305 頁。
 - 69) 西田・前掲（注 35）100 頁参照。
 - 70) 平野龍一監修『ロクシン刑法総論 第一巻〔基礎・犯罪論の構造〕〔第三版〕（翻訳第 1 分冊）』（信山社, 2003）437 頁〔松原久利訳部分〕。
 - 71) 高山佳奈子「量刑論の現代的課題」刑事法ジャーナル 21 号（2010）6 頁。
 - 72) 川崎・前掲（注 31）113, 117 頁。
 - 73) 小池・前掲（注 42）73 頁。
 - 74) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（四）」法学研究 56 巻 1 号（1983）74 頁。
 - 75) 松原芳博「被害者保護と『厳罰化』」法律時報 75 巻 2 号（2003）21 頁参照。
 - 76) 井田良「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集 113 号（2004）232 頁。
 - 77) 堀内・前掲（注 2）6 頁。
 - 78) 堀内捷三『刑法各論』（有斐閣, 2003）108 頁。
 - 79) 本庄武「危険運転致死傷罪の量刑」交通科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究』（日本評論社, 2005）206 頁。
 - 80) 小池・前掲（注 42）75 頁以下。
 - 81) 小池信太郎「コメント横田信之『被害者と量刑』について」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第 2 巻 犯情等に関する諸問題』（判例タイムズ社, 2011）132, 133 頁。
他に、朝山芳史「量刑における結果無価値と行為無価値」『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社, 2010）510 頁は、犯行によって生命を奪われた被害者の無念さのような、死亡した被害者の被害感情自体は、死亡という結果に包摂され結果無価値的要素ではないと述べ、量刑に反映されないとする点で、小池准教授の見解と共通する。ただし、被害者遺族の被害感情は構成要件外結果と位置づけ、犯行から派生した結果の一種として考慮する点で、小池准教授の見解と相違があるように思われる。
 - 82) 本庄・前掲（注 79）207 頁。論者は被害者本人や遺族の感情も副次的な法益として保護されると主張する。私見によれば、処罰感情は副次的な法益とならなくても、なお間接事実として用いうる。
 - 83) 小池・前掲（注 42）70-72 頁。
 - 84) 只木誠「併発事実と錯誤について―いわゆる数故意犯説と罪数論及び量刑論」法学新報 113 巻 9・10 号（2007）350, 351 頁。
 - 85) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第 2 版〕』（青林書院, 1999）〔中谷雄二郎〕290 頁。
 - 86) 只木・前掲（注 84）350 頁参照。

- 87) 原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房，2008）146頁参照。
- 88) 原田・前掲（注87）147頁参照。
- 89) 高山・前掲（注71）6頁，本庄・前掲（注79）207頁。
- 90) 高橋・前掲（注5）課題と展望10頁参照。
- 91) 只木誠「即決裁判手続と量刑の適正確保」刑法雑誌48巻1号（2008）32頁。論者の見解は被害者感情が量刑を左右する大きな考慮要素とならないとする点で私見と同じと思われる。
- 92) 前田ほか・前掲（注11）197頁。
- 93) 河上和雄ほか『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第6巻』（青林書院，2011）147,148頁〔白木功〕，松尾浩也編著『逐条解説 犯罪被害者保護二法』（有斐閣，2001）113,114頁。
- 94) 石井一正『刑事実務証拠法〔第4版〕』（判例タイムズ社，2007）91,92頁。同75頁によれば，請求された証拠が嘆願書であっても同意，不同意を確かめている。
- 95) なお，厳格な証明によるべき要証事実を間接的に推認させる間接事実についても厳格な証明を要することについて，上口裕『刑事訴訟法〔第2版〕』（成文堂，2011）357頁。
- 96) 横田・前掲（注3）89頁。
- 97) 同上86頁。
- 98) 松尾・前掲（注93）114頁。
- 99) 松本ほか・前掲（注1）803頁。
- 100) 小池・前掲（注42）83頁，小池・前掲（注81）131頁。
- 101) 堀内・前掲（注78）39頁。
- 102) 佐久間修「危険運転致死傷罪と故意・過失」刑事法ジャーナル26号（2010）3頁，西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂，2012）49頁。
- 103) 高橋・前掲（注5）課題と展望13頁参照。
- 104) 小池・前掲（注81）131頁。
- 105) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣，2010）83頁，大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣，2005）76頁，大谷實『刑法講義各論〔新版第3版〕』（成文堂，2009）77頁，前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（東京大学出版会，2011）113頁。
- なお，朝山・前掲（注81）510頁は，監禁罪の保護法益論に関して特に言及せず，自由に対する罪について，被侵害利益が余りにも抽象的で量刑上直接評価が困難であるため，被害者の精神的被害の程度を結果無価値的要素として考慮する点で，私見と異なる。
- 106) 前田ほか・前掲（注11）40頁。
- 107) 判決も私見と同様の結論であった。「被害者の母親が，被告人に対し，厳しい処罰感情を述べているが，こうした処罰感情は，本件犯行の態様や結果を反映したものであり，これらは既に量刑上重視しているから，刑を決める上で改めて重視することは相当でない。」と述べた。
- 108) 原田國男『裁判員裁判と量刑法』（成文堂，2011）87-91頁，小坂俊幸「被害者及び被害者遺族の処罰感情と刑事手続上の表出方法」『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社，2010）323,324頁，林正彦「構成要件外の結果と量刑」同上533,534頁。
- 一般情状とする根拠について，小坂判事は，「量刑を『犯情』と『一般情状』とに分けて考えるいわゆる『二分説』は，同じ犯罪を行った者は同じ刑を科するのが公平の観点から相当であるとの考えが根底にある。…殺人を例にとると，遺族がいない被害者もおれば，逆に遺族が多数いる被害者もいることからすると，『被害者等の処罰感情』を量刑を規定する大きな要素として位置付けるのは相当でない」点を挙げる。公平性を求めるならば，処罰感情を間接事実として捉えた方がよいであろう。
- また，林判事は，被害感情を処罰感情の意味で用いると言及した上で，犯行後の被害感情は一般情状として扱うのが実務の考え方であると述べる。しかし，守下実「量刑判断の考慮要素」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院，2012）234,235頁によれば，「被害者が嚴重処罰を求めているのも十分理解できる」とする実務上の例は，被害者等の厳しい意見が，犯行自体の

- 悪質さや結果の重大性等を、被害者の立場から浮かび上がらせ、再確認させる趣旨である、という。守下判事の見解は、処罰感情を間接事実として捉える私見と類似すると思われる。少なくとも、処罰感情の実務上の考え方について、裁判官の間でも理解が分かれているといえよう。
- 109) 日本弁護士連合会裁判員本部編『裁判員裁判の量刑』（現代人文社、2012）42, 43, 98, 99 頁〔小林剛執筆部分〕。
 - 110) 小林・前掲（注 109）43 頁。
 - 111) 前掲（注 109）630 頁で原田元判事は、小池説について、宥恕という感情も考慮しないなら実務とあまりに離れ、弁護士として大きな弁論の手掛かりを失うと述べる。
 - 112) 前掲（注 109）239, 240, 316, 317, 627 頁〔柴田勝之執筆部分〕。
 - 113) 堀内・前掲（注 78）139 頁。
 - 114) 城下裕二ほか「座談会 裁判員制度で量刑実務はどのようなになるのか」季刊刑事弁護 44 巻（2005）26 頁〔城下発言〕。
 - 115) 第 4 回犯罪被害者等基本計画検討会（平成 17 年 6 月 27 日）岡村勲弁護士の資料 3 頁に記述がある。（<http://www8.cao.go.jp/hanzai/suisin/kihon/pdf/4/okamura-a.pdf>）
 - 116) 松原・前掲（注 75）22 頁。
 - 117) 同上 23 頁参照。
 - 118) 城下ほか・前掲（注 114）25 頁〔城下発言〕。
 - 119) 斉藤豊治「量刑に関する被害者の意見陳述権」浅田和茂ほか編『刑事・少年司法の再生（梶田秀雄判事＝守屋克彦判事退官記念論文集）』（現代人文社、2000）461 頁以下。
 - 120) 西田・前掲（注 35）19, 20 頁。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『量刑実務大系 第 1 巻 量刑総論』（判例タイムズ社、2011）26 頁。
 - 121) 遠藤・前掲（注 120）27 頁。
 - 122) 佐伯千仞『刑法講義（総論）〔4 訂版〕』（有斐閣、1981）79, 80 頁。
 - 123) 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（2）」慶應法学 9 号（2008）12 頁。
 - 124) 篠塚一彦「量刑と刑罰制度（2・完）」上智法学論集 39 巻 3 号（1996）175, 176, 180 頁。
 - 125) 西田・前掲（注 35）23 頁。
 - 126) 小池・前掲（注 123）45 頁。責任相当性原則の意義について、量刑における責任が違法性と対置される意味での狭義の責任でなく、違法性の重さを含めた犯行の重大性を意味することについて、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）」慶應法学第 6 号（2006）6 頁。
 - 127) 林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2008）15, 16-20 頁。同様に、積極的一般予防論と責任相当刑を結び付ける見解として、前田雅英『刑法総論講義〔第 4 版〕』（東京大学出版会、2006）41 頁以下、64, 220 頁、伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」『刑事法学の総合的検討（上）福田平・大塚仁先生古稀祝賀』（有斐閣、1993）312, 313 頁など。
 - 128) 松本時夫「量刑の実務と今後の課題」現代刑事法 21 号（2001）14 頁。
 - 129) 井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価」刑法雑誌 43 巻 2 号（2004）280 頁。
 - 130) 高橋・前掲（注 5）課題と展望 11 頁。
 - 131) 宮澤浩一ほか編『犯罪被害者の研究』（成文堂、1996）108-113 頁〔瀬川晃・奥村正雄〕。
 - 132) 内閣府『平成 23 年版 犯罪被害者白書』11, 12 頁〔山上皓・小西聖子〕。
 - 133) 同上 15 頁。
 - 134) 同上 8 頁。
 - 135) 被害者支援研究会編著『警察の犯罪被害者支援〔第 3 版〕』（立花書房、2010）21-24 頁。
 - 136) 高橋・前掲（注 5）課題と展望 22 頁。
 - 137) 前野育三「量刑と修復的司法」前野ほか編『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（成文堂、2005）366 頁。