
個別の論稿に関する著作権その他の権利は、当該論稿の著作者に帰属しています。無断転載等、上記権利を侵害する行為や侵害のおそれのある行為は、法律により禁止されています。

【量刑における行為責任主義と量刑事情の位置付け】

小池 信太郎

目次

はじめに.....	2
I 量刑における行為責任主義—総論.....	2
1 基本的理解.....	2
2 行為責任における違法性と責任の関係—法益軽視性を素材として.....	5
3 狭義の責任における期待可能性の判断.....	10
4 行為責任主義と刑の執行猶予.....	12
II 前科の位置付け.....	14
1 影響力の大きい量刑事情としての前科.....	14
2 警告理論による行為責任の加重.....	15
3 その他の観点.....	20
III 損害賠償・示談・宥恕の位置付け.....	24
1 実務上の一般的な説明.....	24
2 賠償等による「違法減少」の内実と刑事政策的考慮—財産犯を念頭に.....	26
3 非財産的被害の回復.....	29
4 賠償等による「応報的科刑の必要性の減弱」の内実.....	33
5 行為責任主義・責任刑と事後的軽減要素の関係.....	34
おわりに.....	35
【質疑応答】.....	36

はじめに¹

本講演では、「量刑における行為責任主義と量刑事情の位置付け」と題し、重要な量刑事情でありながら、その体系的な位置付けや考慮の趣旨、根拠について議論があるものを中心に検討したいと思います。理論的な説明のしかたにすぎないような話が多くなりますが、司法修習生から、「行為責任に基づいて量刑をすると習ったけれども、そのこととこの量刑事情を重視することの関係がよく分からない」といった質問を受けるシチュエーションを思い浮かべながら、聴いていただければと存じます。

I 量刑における行為責任主義—総論

1 基本的理解

まず、釈迦に説法ではありますが、量刑における行為責任主義（ないし行為責任の原則²）の基本的理解を確認しておきます³。

量刑の本質、あるいは本質的な目的ないし任務と言ったほうがよいかもしれませんが、それは、被告人の犯罪行為にふさわしい刑事責任を明らかにすることに求められます。そこから、量刑判断は、当該犯罪行為についての責任（行為責任）を基礎に行うべきことが導かれます。特別予防目的等の考慮は、調整的に行われることとなります。

その刑罰論的背景は、相対的応報刑論であります。すなわち、刑法の目的は犯罪予防（一般予防、特別予防）等による法益保護にほかなりませんが、そ

¹ 本稿は、令和7年1月27日に司法研修所刑事裁判教官室において開催された講演の記録に加筆・修正をし、脚注を付したものです。企画・構想段階から大変お世話になりました刑事裁判教官の田中昭行判事および参加された方々に心からの感謝を申し上げます。

² 最判平成26・7・24刑集68巻6号925頁。

³ 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（法曹会、2012年）5頁以下、138頁以下など参照。筆者より若い世代の刑法学者の業績として、野村健太郎『量刑の思考枠組み』（成文堂、2020年）、十河隼人『量刑の基礎理論』（成文堂、2022年）などがあり、従来の学説・実務の蓄積を踏まえた詳細な議論を展開しています。

の手段としての刑罰は、過去の犯罪行為に対する制裁という意味で応報であることを本質とします⁴。そして、予防目的のうち、とりわけ一般予防は、基本的には、応報的処罰により適度の実現されることが期待されます⁵。特別予防については、応報との衝突がより生じやすいわけですが、応報としての本質が保たれる刑には幅（許容域）があると考えることで（いわゆる幅の理論）、その幅という制約の範囲内では、特別予防的考慮を具体的に働かせて刑を調整する余地を認めることとなります⁶。

また、この行為責任主義による制約は、刑を重くしすぎることに対して歯止めをかける形で及ぶのは当然ですが、刑を軽くしすぎることに対しても（強弱の差はあるとしても）同様に及ぶというのが実務上の一般的理解でしょう。学説上は、行為責任は量刑の上限を画するにすぎず、幅の理論をとるとしても、責任刑の幅の下限の下回りは可能であることが強調される傾向にあります。議論の内実を見ると、行為責任に比して刑を軽くしすぎるとすれば、責任刑により追求される法益保護の目的に対し阻害的に作用しうることを踏まえた判断で

⁴ なお、今般の拘禁刑の導入に関する法務省担当者の解説は、「刑罰は、一般に応報として科すことを前提としつつ、一般予防と特別予防を目的とするものと解されているところ、このことは拘禁刑においても変わりがない」ことを確認しています（中野浩一ほか「刑法等の一部を改正する法律及び刑法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律について」法曹時報 77 卷 8 号〔2025 年〕2050 頁）。増田啓祐「裁判官から見た拘禁刑」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務 7』（成文堂、2025 年）45 頁以下も参照。

⁵ 一般予防としては、威嚇による心理強制（消極的一般予防）と人々の規範意識ないし法秩序への信頼の維持・強化（積極的一般予防）があり、応報刑は積極的一般予防と特に強い結びつきがあります。そのメカニズムの詳細な研究として、十河・前掲注(3)163 頁以下。

消極的一般予防に関し、私見は、予防の必要性を違法性の重さとして評価できる限りで考慮する立場です（小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（3・完）」慶應法学 10 号〔2008 年〕70 頁以下）。司法研究や実務家の論考では、一般予防の考慮を否定する考え方はとられていませんが、安易な考慮を戒める態度も看取されます（司法研修所編・前掲注(3) 56 頁など）。原理的には考慮の可能性を否定しない学説も、実際の考慮の可否や度合いについては、慎重なスタンスをとっています（十河・前掲注(3)469 頁以下など）。

⁶ 特別予防的考慮の在り方に関する最近の量刑学説による検討として、野村・前掲注(3)63 頁以下、十河・前掲注(3)462 頁以下、711 頁以下。

あるべきことは前提とされており、その意味では、根本的な対立は小さくなっている印象です⁷。軽すぎる量刑も、犯罪に対する応報としての刑罰の本質の保持に疑義を生じさせうるものであり、そうなると一般予防的にも問題を孕むという理解でよいのだらうと考えています。

このような考え方の下、量刑事情を、犯罪行為それ自体に関する情状としての犯情と、それ以外の情状としての一般情状に分類する場合、前者が第1次的に重要となります。

そして、この犯情は、犯罪を構成要件に該当する違法・有責な行為として把握する刑法学の一般的理解の下では、違法性と責任の重さを基本要素とすることになります。刑裁教官室のテキスト『プラクティス刑事裁判』⁸は、①法がどれほど強く守ろうとしている法益に対して、これをどの程度毀損する行為をしたのか、また、どの程度危険性の高い侵害行為をしたのかという「犯罪の客観的な重さ」と、②その行為をしたことについて、被告人をどの程度非難することができるのかという「犯罪行為の意思決定への非難の程度」を検討するところ、①が違法性に、②が責任にそれぞれ対応するという考えもありうるとしています。

この①違法性、②責任でありますけれども、当該犯行による法益侵害の結果や危険な行為態様が①の要素であり、責任能力の程度（意思決定への精神障害の影響）や適法行為の期待可能性の程度に関する事情が②の程度において考慮されることには異論がないでしょう。

ただ、①につき、「犯罪の客観的な重さ」と言っても、主観面と切り離して

⁷ 野村・前掲注(3)73頁以下、十河・前掲注(3)530頁以下、松原芳博『刑法総論〔第4版〕』（日本評論社、2025年）553-554頁など参照（十河・同550-551頁は、「単なる上限」論を採用しつつ、その実際上の帰結は、「基礎としての責任」論に近いものとなる、すなわち、責任刑の上限さえ上回らなければ、あとは専ら予防の必要性によって量刑判断を行い、その必要性が低いのであれば法定刑の下限まで軽減してしまっというような「単なる上限」論とは異なるとしています。私見を含む従来の学説の網羅的検討として、同551頁以下）。

⁸ 司法研修所刑事裁判教官室編『プラクティス刑事裁判（平成30年版）』（法曹会、2019年）36頁。

考えることはできないとされるのが通例であり、その意味合いについては、依拠する体系すなわち違法性と責任が行為責任においてどのような関係にあるのかということにより変わってくるところです。すぐ後で話題としたいと思います。

他方、一般情状ですけれども、基本的には、特別予防等の刑事政策的考慮からの調整要素とされています。ただ、この調整要素という表現は、やや曲者です。文脈によっては、微調整というニュアンスで、行為責任主義の下で過大に考慮してはならないことを確認する趣旨で用いられます。しかし、犯罪行為それ自体には属さないという意味では一般情状に分類される情状も、行為責任の程度に関わるという意味で犯情としての面も認められうるとか、それ以外の観点からでも量刑に大きな影響力を持つ場合もあるなどと言われることもしばしばあります。前科や損害賠償は最たるものです。究極的には、犯情・一般情状の分類にこだわるよりも、行為責任の内実、それ以外にも量刑に影響を持つ考慮の内実が何なのかを詰めていくことが重要ですが⁹、その中身の話になると、共通理解が形成されているとは限らず、議論になだれこんでいくこととなります。本講演の中盤以降で掘り下げたいと思います。

2 行為責任における違法性と責任の関係－法益軽視性を素材として

さて、行為責任において違法性と責任がどのような関係にあるのかという問題について、ここで総論的に述べたいと思います。抽象的な議論であり、実務家のみならず刑法学者でも意義を実感しにくい面もあるのですが、できる限りイメージを持っていただけるよう、量刑事情の位置付けとリンクした形で説明します。

犯情評価の上で、当該犯行による個別的な法益侵害の程度とそれを主観面に投影した認識、および、当該犯行を思いとどまることの期待可能性を低減させる事情が問題となるだけでなく、当該犯行が、法益・規範を殊更軽視する

⁹ 司法研修所編・前掲注(3)6頁注1など。

態度の表現であると言えることは、加重的な事情として重視されていることでしょう。殺人罪で言えば、人の生命を自己のきわめて身勝手な目的のための道具に貶めるような犯行は、特に悪質な態様と評価されることとなります¹⁰。

そうした事情の位置付け方にも影響を及ぼす違法と責任の関係をめぐり、大きく2つの理解がありえます。

一方の理解を、定着した呼称ではありませんが、「違法実体説」と呼びましょう。すなわち、①違法性こそが、処罰根拠となる犯罪の「悪さ」の実体をなしており、②責任にいう非難可能性は、違法をどの程度行為者に帰責できるかの判断であるというものです。比喩的には、違法性の程度が10だとして、しかし責任を軽減する事情があるから、それで割り引かれて、7しか帰責できない。だから、行為責任の程度は7だと評価するイメージです。この理解の下、当該犯行による個別の法益侵害のほか、先ほど申し上げた法益軽視性を、行為責任を加重する事情として捉える場合、犯行の文脈であるとか行為者の主観的事情も、責任以前に、既に違法性の程度に影響を与えるという説明になります。その背景となる、犯罪と刑罰の関係に関する理解としては、処罰の根拠は、i 個別の法益侵害にとどまらず、ii その種の行為を禁止する規範の妥当性やそれにより保護される法益一般に対する脅威であること、これらの i ii がいずれも処罰の駆動力になっているところ、この ii の観点から、犯行の文脈や主観的事情から導かれる法益軽視性が意味を持つという理解がありうるようです¹¹。

¹⁰ 計画性の高さとの関係における言及として、司法研修所編・前掲注(3)48頁など。最高裁も、死刑選択判断の前提としての犯行に対する非難の程度の評価に当たり、「生命軽視の度合い」の大きさを問題とし（最決平成27・2・3刑集69巻1号1頁、同99頁）、死刑の当否の評価に際し、「生命軽視の度合いが甚だしく顕著」とまでは言えないと説示するなど（最決令和元・7・1集刑326号63頁、最判令和元・12・2集刑327号17頁、最決令和6・5・27集刑333号297頁）、法益軽視性を影響力の大きい加重的犯情として捉えていることがうかがわれます。

¹¹ 井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト2号（2012年）65～66頁、同「裁判員裁判と量刑」司法研修所論集122号（2013年）203頁以下、214～215頁など。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）14頁〔法規範を遵守する心構えの乏しい者による犯行の規範効力

他方の理解は、「責任実体説」と呼びうるものです。すなわち、①違法性は、刑事規制の対象を画するのですけれども、個別の処罰、したがって量刑の基礎としての行為責任は、専ら責任の重さのことであると考えます。それだと違法性は量刑と何の関係もないのかというと、もちろんそうではなく、この説では、違法性すなわち法益侵害性は、故意・過失により媒介されて責任の内容になることで、責任の程度に反映されると理解します¹²。違法性はシンプルに個別の法益侵害のことだと考え、主観的違法要素を考慮するとしても、それは個別の法益侵害の危険性の程度に影響する限りにおいてであるというように捉えた上で、先程から問題としている故意・過失以外の主観的事情をも対象として評価される法益軽視性を処罰（加重）根拠と考える場合、端的に法益軽視性によって責任が重くなると考える、という理解になります¹³。「違法実体説」では、

侵害の大きさが不法の重大性を基礎づけるとする]も参照。なお、井田教授自身の特に近年の立場は、処罰根拠をiiに純化させる傾向が強いものですが、その点は本講演では問題としません。また、井田教授は、近年、違法は法益保護の観点から処罰のエンジン（駆動力）として刑罰の根拠づけを担い、責任は人権保障の観点からのブレーキとして刑罰の限定を担うという従来の立場を修正し、責任があつてこそ刑罰による法益保護のメカニズムが機能するという意味で、それは「エンジンに組み込まれたその一部」であると述べています（井田良『死刑制度と刑罰理論』〔2022年、岩波書店〕135頁以下）。もっとも、量刑における行為責任の構造理解や法益軽視性を違法要素と解することについては、従来の立場を維持することは可能であると受け止めています。

¹² 犯罪論（故意論）の文脈でそうした理解を明示するものとして、佐伯仁志「故意・錯誤論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001年）102頁など。最近の研究書として、小池直希『故意責任の理論構造』（2025年）57頁、74頁以下。量刑学説では、野村・前掲注(3)21頁。

¹³ 実務家の論文では、遠藤邦彦「殺人事案における量刑事情の整理等に関する実践的視点とその留意点」井田良ほか編『新時代の刑事法学 上巻 椎橋隆幸先生古稀記念』（信山社、2016年）511頁以下が、そうした理解に親和的であるように思います。学説では、例えば、樋口亮介「責任非難の構造に基づく責任能力論」刑法雑誌58巻2号（2019年）317頁、328頁が、①法益・規範を軽視する態度が積極的に責任非難を根拠づけ、②期待可能性の低減が消極的に責任非難を減少させるという構造で責任非難を理解しています（その限りで高山佳奈子「量刑論の現代的課題」刑事法ジャーナル21号〔2010年〕5頁以下などと類似の理解ですが、①の刑罰論的基礎付けを、高山説は特別予防の必要性に求めるのに対し、樋口説は応報の一側面に求める点に特徴があります）。

責任は違法の帰責可能性に尽きるのに対し、「責任実体説」では、処罰を積極的に根拠づける責任が観念されているわけです。

なお、いずれの説でも、行為責任における違法性は個別の法益侵害に尽き、責任は個別の法益侵害意思（違法な事実の主観面への投影）とその行為を思いとどまることの期待可能性に尽きると考えると、行為者の法益軽視的な態度は、せいぜい期待可能性を低減させる動機・経緯の不存在という限度で考慮されることとなります。それ以上に、積極的に加重する理由にはできないこととなります。そうした理解に近い立場も学説上は主張されています¹⁴。しかし、それは量刑実務の考え方とは乖離が大きいだろうという見立ての下、本講演ではその方向の議論には立ち入らないこととします。

そして、このような理解の対置を前提に、私見は、「違法実体説」に依拠してきました。同説は井田良教授がつとに主張されてきたところで¹⁵、私は大学院生・助手として量刑理論の研究を志した当時、この理論に魅せられました。そのように考えてこそ、違法性と責任というカテゴリーを分けている意味があると思いました¹⁶。現在でも、基本的にはその発想にとらわれており、違法性は、法益保護目的のために一定の行為・結果に否定的評価を加えて禁圧する必要性・根拠の問題であり、責任は、当該否定的評価を受ける行為をした意思決定に対する非難を行為者（の人格）に向けることの許容性の問題であると理解しています。法益軽視性に関しても、行為態様のほか、動機・目的という主観面や経緯・文脈をも、犯行の客観的な意味合い・彩りに関わる要素として違法評価において考慮した上で、それを行為者に帰責するという構造で考えています¹⁷。

犯罪行為の社会的類型との関係で考えますと、例えば、殺人罪では、非常

¹⁴ 野村・前掲注(3)34頁以下。

¹⁵ 前掲注(11)参照。

¹⁶ 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年）279頁以下参照。

¹⁷ 小池信太郎「精神障害と量刑判断」刑法雑誌 58巻2号（2019年）331頁参照。

に重い方に、保険金殺人のような利得目的の計画的殺人や通り魔殺人といった類型、真ん中あたりに、知人とのトラブルの末激昂して刺したというような類型、下の方に、介護殺人の類型などがあり、これらは、別の構成要件かと思うくらい、量刑のレンジが大きく異なります。周知のように、日本の刑法は、殺人罪という広い構成要件に、死刑又は無期もしくは5年以上の懲役・拘禁刑という非常に広い法定刑を対応させ、国によっては構成要件・法定刑の細分化を通じて行っている犯罪の軽重評価を、社会的類型に応じた量刑傾向に基づく判断という形で行っています。そして、このレンジの大きな違いについて、「違法実体説」では、殺人の文脈や動機・目的次第で、既に違法性の程度が大きく異なる、つまり通り魔殺人と介護殺人のレンジの大きな違いは違法性の違いが主であることとなります。そして、それぞれのレンジの中で、(具体的な行為態様による違法評価の違いももちろんありますが) 同じような通り魔殺人でも、精神障害の影響の度合い等、介護殺人でも、長年の介護で疲弊しきっており期待可能性が低減している度合い等により、量刑に差が出てくるのは、主に責任評価の違いによることとなります。それに対して、「責任実体説」の方は、被害者数が同じだったら、違法性は、殺害態様の違いによる危険性の差はあるにせよ、既遂であればそこまで大きくは異ならないだろうということで、レンジの大きな違いは、責任評価の違いによることとなりましょう。それでも説明はつくのですけれども、「違法実体説」からの説明の方が、事の実態を自然に表現できているのではないかと思います。

ただ、刑法学者の中でそうした思いを共有してくれる人が多いかというと、微妙であることもお伝えせねばなりません¹⁸。このような理解の対置にそもそも関心を持ってもらえないことも少なくありませんし、「違法実体説」(不法刑基準論)に対しては、割引の前提となる、違法(不法)評価だけにに基づく刑の

¹⁸ 例えば、小林憲太郎「わが国における近年の責任構想について(再論)」判例時報 2541号(2023年)100頁注12では、法益軽視性が違法性(不法)に属するという帰結が、一般に「本能的に受け容れがたい」であろうという認識が示されています。

量は、刑が非難である以上はそもそも観念できないのではないか、違法が100%帰責される完全な責任は観念できないのではないか、といった批判もなされます¹⁹。そうした批判に対しては、違法性の意味での悪さに応じた非難を、責任すなわち（能力や具体的状況に照らした）非難可能性の程度を無視して被告人に向けるような刑罰も、不当だが観念できないわけでもないし、100%の状態を具体的に想定しなければならないわけではなく、責任軽減事情があれば量刑を相応に軽減するという考え方の問題にすぎないなどと反論することも可能であるようにも思いますが²⁰、いずれにせよ、具体的な量刑事情の考慮の可否に直結はしない理解・整理のしかたの問題にすぎず、こだわる実益は乏しいと言われれば、その通りである気もします。それでも、司法修習生への量刑理論教育を担われている教官の方々の感覚をうかがってみたい思いから、あえて持ち出してきた次第であり、後程、前科による行為責任の加重の説明の文脈でも、この対立に触れることとなります。

3 狭義の責任における期待可能性の判断

次に、狭義の責任における期待可能性の判断の在り方を確認しておきましょう。責任の判断において、犯罪論にいう適法行為の期待可能性、犯行を思いとどまる意思決定をどの程度強く期待できたのか、その程度が問題になるということに異論はないでしょう。適法行為の期待可能性がこの程度あるのに、犯行に出る意思決定をしたということにより、犯行が行為者の規範意識すなわち法益・規範に対する尊重心の低さに帰せられ、その程度に応じて責任非難が正当化、許容されるというように理解しております。

その上で、期待可能性の標準に関して、従来、行為者標準説、一般人標準説、国家標準説といった議論がありました。しかし、最近では、行為者自身の生理

¹⁹ 野村・前掲注(3)5頁以下。

²⁰ 十河・前掲注(3)705頁以下は、違法実体説（不法刑基準論）が論理的には成り立つことを詳論しています（もっとも、同書702頁以下は、依拠する刑罰論とは相いれないことを理由に同説を採用しない旨述べています）。

的能力や置かれた具体的状況を前提としなければならないものの、それを超えて徹底した行為者標準説をとることは不可能であって、思いとどまることをどの程度強く期待するかという規範的期待のレベルは、国家・社会が想定する相応の規範意識を備えた人を基準に設定すると言うほかないとの理解²¹が、学説上は通説化していると思います。国家・社会の要求水準であることに着目すると国家標準説、その要求水準を備えた人を一般人と言うなら一般人標準説ですが、いずれにせよネーミングの問題にすぎません。そして、そこでの要求水準は一般的に相当高く設定されることも意識されていると思います。

また、前提とされる具体的状況は、犯行の瞬間だけではなく、動機の形成過程ないし犯行に至る経緯まで含めて考えられているでしょう。例えば、介護殺人の事例であれば、低いレンジ内での相対評価において、期待可能性の程度の評価が決め手となりやすいところ、介護の期間やその負担の重さによる疲弊、合理的な負担軽減手段の有無や、それをとることの容易性、とらなかった具体的理由、背景に被告人の精神障害（うつ病など）の影響がどの程度あるか²²といった事情を踏まえ、規範的期待の程度を評価していくこととなります。具体的事件の被告人が、「いま振り返っても、あの時はああするしかなかった」と供述し、本心であったとしても、そこは客観的な規範的評価に服する問題であって、犯行に至る経緯に全体としてどの程度共感、同情できるものがあるかが問題になるのだと思います²³。

さらに付言しますと、最近では、上述の規範的期待の厳格さの設定においては、「期待する国家・社会の側にどの程度その資格があるか」という観点も加味されるという見地から、例えば不遇な生育歴の者が法益・規範を尊重する精神を身につける機会を持てなかったことに国家・社会にも落ち度があると言えることや障害者を支援する社会的施策の貧困といった事情を責任非難の軽減に

²¹ 例えば、山口厚『刑法総論〔第4版〕』（有斐閣、2025年）275頁、松原・前掲注(7)249頁。

²² 安田拓人「精神の障害が一定の影響を及ぼした事案における量刑判断のあり方に関する序論的考察」法学論叢182巻1=2=3号（2017年）166頁参照。

²³ 小池・前掲注(17)337頁。

結びつける可能性についても議論されています²⁴。通常の他行為可能性の判断と重なる部分もありますし、国家・社会の非難資格の低減という観点が量刑に影響がある程の重みを持つ事例は例外的でしょうが、深みのある判断をする上で頭の片隅に置いてよい視点であるとも思っております。

4 行為責任主義と刑の執行猶予

本講演における総論的な議論の締めくくりとして、量刑における行為責任主義と刑の（全部）執行猶予の関係を取り上げましょう。

学説上は、執行猶予は法律が行為責任の下限の下回りを認めたものであるとか、実刑か執行猶予かは同じ重さの刑の中での選択の問題にすぎないという理解も存在します。しかし、実務上は、実刑か執行猶予かは刑の軽重に大きく影響すること、および、行為責任主義による制約は、前に確認したように、刑を重くしすぎることだけではなく、軽くしすぎることに対しても、歯止めをかける形で及ぶことを前提に、執行猶予の判断も、行為責任に基づく量刑の一環として行われています。そこで、第1次的には、行為責任の具体的軽さが執行猶予を許容ないし要請する度合いが問われることとなります²⁵。

これを幅の理論から説明しますと、責任刑の幅が、執行猶予にかなりの部分かかっているのだったら執行猶予にしやすいし、最下限の領域だけが少しかかっているというぐらいだと、実刑か執行猶予かはぎりぎりの判断になるとい

²⁴ 野村・前掲注(3)45頁以下、171頁、樋口亮介「不遇な生育歴と責任非難」慶應法学40号（2018年）200頁など。

²⁵ 例えば、植野聡「刑種を選択と執行猶予に関する諸問題」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 第4巻』（判例タイムズ社、2011年）43頁以下、田村政喜「執行猶予の判断基準」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院、2014年）442頁以下。

小池信太郎「量刑理論からみた刑の執行猶予」刑法雑誌52巻2号（2013年）243頁以下では、そうした理解を支持しつつ、責任相当性の判断に際し、執行猶予も、無罪放免とは異なり、刑の言渡しにより非難が向けられ、また、取消しの可能性に基づく心理的負担の下に一定期間を過ぎさなければならない点で、制裁として機能することを踏まえるべきことを強調しましたが、言わずもがなのことであつたかもしれません。

うことであり、裁判実務家からそうした説明がなされることもあります²⁶。

ただ、それは正しい理解であり、判断の基本部分をなすと私は考えますけれども、その上でさらに、執行猶予が行為責任にどの程度ふさわしい刑であるかの評価にあたっては、上述の意味での行為責任の量的な軽さだけではなく、社会内での受け止めを期待するという執行猶予に固有の非難方法への質的適合性も考慮されるのではないかという学説上の指摘²⁷も重要であると考えています。執行猶予の判断も、行為責任の量的軽さからくる執行猶予の許容度合いの強さ、責任刑の幅が執行猶予にどれだけかかっているか、といった判断を基礎とするので、刑期を左右する情状と執行猶予の許否を左右する情状は、いずれも行為責任の程度に関するものが最も重視されるという意味では、大きく重なってきます。もっとも、行為態様や行為者の主観的態度などの中には、刑期に大きくは影響しないが、実刑か執行猶予の判断でときとして決め手となるものもあり、いわば重点の置きどころが異なる面もあります。主観的・人的事情を相応に重視するのは、特別予防的考慮による判断であるという説明も不可能ではないのですが、実態としては、それ以前に応報の手段として執行猶予が適切妥当かという質的適合性の評価が、行為責任の量的軽さの評価にとどまらない形で行われているのではないかということです。刑期としてはあまり重くならないけれども実刑になるパターンや、刑期としては3年上限ギリギリだが執行猶予にできるパターンがあるというように、刑期の重さと執行猶予の許否が単純に一蓮托生の関係にはないという現象の背景にもそうしたことがあるのではないかととも言われます。

そのような理解を自覚することは、具体的判断の質を高めるという意味がありましょう。ある事情が、判断者の頭の中で、これは行為責任に基づく刑期の重さにそれほど強く影響するものではないというとき、執行猶予も行為責任に

²⁶ 川出敏裕ほか「座談会・執行猶予の現状と課題」論究ジュリスト 14号 (2015年) 8頁〔芦澤政治発言〕。

²⁷ 樋口亮介「日本における執行猶予の選択基準」論究ジュリスト 14号 (2015年) 101頁以下など。

よる判断だという話を硬く考えすぎると、実は相応に意味のある視点を見落としてしまうかもしれないということです。過度の情緒的判断に流れぬよう、行為責任の量的な軽重に即した判断が基本であることを忘れてはならない一方で、上記のような理解を補充的・調整的な趣旨で取り入れることで、実務家の賢慮の余地を残すべきなのだろうと考えています²⁸。

II 前科の位置付け

1 影響力の大きい量刑事情としての前科

本講演の中盤以降では、量刑事情各論として、犯罪行為それ自体には属しないという意味では一般情状に分類されるものでありながら、量刑への影響が大きい要素を取り上げてまいります。

まず、犯行前の事情として、前科にスポットを当てます。とりわけ比較的最近の同種前科の量刑への影響力は大きく、裁判員裁判の対象となるような重大犯罪や性犯罪等をイメージすると、そうした前科がある場合、量刑のレンジが大きく異なってくるように思います。また、より軽い犯罪類型である万引き窃盗事件などでは、「段階的処遇」「段階的量刑」という実務慣行がみられます²⁹。すなわち、検挙回数に応じて、最初は微罪処分、起訴猶予、そして略式罰金、そしてようやく公判請求に至っても、初回はほぼ定型的に執行猶予となり、その猶予期間中、または猶予期間経過後、比較的早い時期の再犯は原則的に実刑であり、翌回以降は徐々に刑期が上乘せされていきます。そして、さらに一定の要件を満たすと、盗犯等防止法の常習累犯窃盗罪となり、その法定刑の下限は3年です。その最初のうちは酌量減軽がなされて宣告刑は1年6月や2年かもしれませんけれども、回数を重ねると、3年やそれを超える量刑にもなっ

²⁸ 小池信太郎「刑の執行猶予の判断」法律時報 87 卷 7 号（2015 年）38 頁以下も参照。一連の議論に対する論評として、原田國男「量刑の基本的考え方」木谷明編『シリーズ刑事司法を考える 第5巻 裁判所は何を判断するか』（岩波書店、2017 年）74 頁以下など。

²⁹ その詳細な実証的分析として、安西二郎「万引きの量刑」判例時報 2580＝2581 号（2024 年）241 頁以下。

てくるようです。つまり、それ自体としての内容に大差のない犯罪行為に対する刑が、前科・前歴により、不訴追から数年の実刑という広い幅の中で、いわば階段を上っていくわけです。

こうしたことは、量刑における行為責任主義が、今回起訴されている犯罪行為の重さで刑を決めるということだとしたら、全然違うではないかという困惑もありうるわけですが、前科は、その種類・内容に応じて、行為責任を加重するから、上述した実務運用は行為責任主義の枠内で正当化できるというのが一応通説的な理解でしょう³⁰。私見はその理解を支持しますが、理論的に少し掘り下げてみたいと思います。

2 警告理論による行為責任の加重

(1) 警告理論の内実

前科者の行為責任の加重については、いわゆる警告理論、すなわち、前科による警告にもかかわらず罪を犯したことに着目し、加重を正当化する考え方が通説的と思われます。刑が重くなる理由として、特別予防的考慮ももちろんあるのですが³¹、行為責任が加重されて、責任刑の幅が上に動くからこそ、特別予防の加重的考慮の余地が広がるという理解となります。

³⁰ 司法研修所編・前掲注(3)5頁、68頁など参照。

なお、司法研究が想定する裁判員裁判で審理されるような重罪事件とは異なり、軽い罪の事件では、一般情状を重視した特別予防的考慮等の比重が大きいうという観点から、行為責任主義による制約の射程に疑問が呈されることもあります(山田耕司「裁判員裁判の歩みとこれから(3)」判例時報 2590号〔2024年〕29頁。廣瀬健二「量刑・処遇選択における『犯情の軽重』の意義・機能について」法曹時報 73巻 8号〔2021年〕1429頁も参照)。ただ、比較的軽い事件では責任刑の幅が実刑と執行猶予に及ぶために、行為責任主義との抵触なく、一般情状を決め手にできる場合が少なくないことはその通りだと思いますが、段階的処遇・量刑の広い幅をイメージするとき、前科・前歴がないのに特別予防的考慮によりその幅の上の方をいきなり選択するような判断は許されないという意味では、行為責任主義による制約は軽い事件でも重要であるように思います。そうすると、前科により行為責任が加重されていくという説明は、やはり不可欠であると考えています。

³¹ その在り方ないし考慮の内実につき、前掲注(6)引用の論考のほか、小池信太郎「量刑における前科」刑事法ジャーナル 39号(2014年)62頁以下参照。

そして、この警告理論の理解のしかたにつき、先にみました行為責任の構造理解にも絡んだ対立があります。

おそらく比較的少数の、先にみた「違法実体説」の論者は、前科の警告にもかかわらず繰り返された犯行は、規範侵害の程度において、既に違法性が重いと説明します。警告を受けたにもかかわらずまた同じようなことをやるというのは、犯行の文脈に照らして、法益・規範を軽視する意味合い、そうしたインパクトをより強く持つ行為である、言い換えれば、刑法のルールを守る気がないというメッセージを社会に向けてより強く発することとなる行為であるため、法益・規範の妥当性にとって、より大きな脅威となるということです。これを違法性の加重として評価することになります（違法加重説）³²。

それに対して、「責任実体説」に立つ場合、又は、行為責任における違法と責任の関係ということに特段の関心を持たない場合、前科の警告によって、より強い反対動機が与えられたはずであることに責任非難が加重される理由を求める理解が一般的ですが³³、それに加えて、行為者の法益・規範を軽視する態度（犯罪性）を積極的な責任根拠付け要素として位置付けることを前提に、前科はその推認事情として意味を持つといった理解³⁴も示されています（責任加重説）。

私は、基本的に違法加重説の支持者ですが、責任加重説の説明と併せて意味を持つという補足もしてきました³⁵。すなわち、法益・規範を軽視するメッセージを客観的に発する、そうした意味合い・彩りを持つ行為が、前科により法益・規範の重要性を強く意識する機会を得たはずであるのに再犯に及んだこ

³² 前掲注(11)引用の論考を参照。

³³ 近時の量刑学説では、野村・前掲注(3)98頁以下（ただし、同書は、一般予防等のために行行為者の社会復帰を阻害しうる刑を科すことも予定せざるをえない国家に、前科者に反対動機を強めることを期待する資格がどの程度あるかを疑問視する見地から、かなり抑制的な態度をとっています）。

³⁴ 樋口亮介「行為責任論を基礎にした前科の位置づけ」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）189頁など。警告理論との関係につき、同194頁。

³⁵ 小池・前掲注(31)58頁以下。

とにより推認される行為者の規範意識（法益・規範に対する尊重心）の低さの所産であると評価される限りで、加重された違法が重い責任により裏付けられ、行為責任の加重が正当化されると述べてきました³⁶。ただ、この補足部分は、おそらく私の創見ではなく、違法加重説の論者は、責任加重（ないし責任減少の否定）部分について詳しく説明しないだけで、そのように考えているのではないかと思っています。

例えば、先に触れました段階的量刑の意味合いを考えてみますと、私見からは、犯罪の累行という事実を抗して、規範の妥当性を確認し続けようとする営みとして理解することになります。すなわち、比較的軽い罪を累行する者の加重処罰は、被告人に対する強い非難を積極的な根拠・動機として行っているというよりは、「社会に対して示しがつかない」から少しずつでも重い評価を加えていかざるをえないということであり、そして、その際の責任非難の許容性については、反対動機を強める機会を与えられているのに累行する事実から推認される行為者の規範意識の乏しさによって正当化されるという理解をしております。責任加重一元説よりも事の実態を捉えているとも思うのですが、やはり、体系的な説明の違いだけで内実はあまり変わらないと言われてしまうかもしれませ³⁷。

(2) 警告理論の限界と個別的吟味の必要性

そうした体系論につきいかに考えるにせよ、量刑の実践上、踏まえるべき点

³⁶ 松宮孝明「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」フレッシュほか編著『量刑法の基本問題』（成文堂、2011年）38～39頁も参照。

³⁷ 責任加重説の論者が、「法益侵害が同一であっても、生命の尊重というルールを軽んじるという、犯行から発せられているメッセージを、その軽んじた程度に応じて、刑法によって反駁する必要性が大幅に異なる」ことを、非難の加重の問題として捉えていること（樋口・前掲注(34)190頁）や、軽い犯罪の反復による量刑の加重につき、「違法性は低い」としつつ、「同種の犯行の反復によって刑法規範が強く動揺することに対応する」ものと理解していること（樋口亮介「改正少年法の運用課題」法律時報94巻2号〔2022年〕31頁）を参照すると、その思いを強くします。

があります。それは、有罪判決や刑の執行（矯正処遇）が警告として作用し、反対動機が強められる「はず」だというのは、強められる「べき」だという規範的期待としての面も強く、フィクションを含むことが不可避ですが³⁸、それにしても、あまりに現実離れしたものになってしまっはならないということです。

そうした観点から、行為責任加重の可否・程度を考える際には、個別事案ごとに、前科の数・重さ・内容、時期、今回の犯行との内容的関連性、警告を受け止めることができる行為者の能力（精神障害の影響など）や再犯に至る経緯などを吟味することが求められます³⁹。犯情として扱われるのは、とりわけ比較的最近の同種前科についてであるとされることも、そうした理解の帰結となります⁴⁰。最高裁判例⁴¹は、「有期懲役の前科があつてその服役後に再度の犯行に及んだ場合の、再度の犯行に対する非難の程度については、前科と再度の犯行との関連、再度の犯行に至った経緯等を具体的に考察して、個別に判断せざるを得ない」と述べており、上述のことを踏まえた説示として理解することができます。

(3) 軽微事案における客観的限定—ドイツとの対比を交えて

また、上述した諸観点からは行為責任加重が根拠づけられる場合であっても、今回の犯行がそれ自体として客観的に軽微である、例えば、ごく少額の商品の万引きの場合に、前科を偏重して行為責任を過大に評価すべきではないのではないかという議論がドイツにあり、参考までに取り上げます。

警告理論による行為責任の加重という理解は、ドイツの判例・通説が基本的に採用してきたところ⁴²。もっとも、そこで想定されている、正当化さ

³⁸ 野村・前掲注(3)99頁以下、樋口・前掲注(34)194～195頁参照。

³⁹ 司法研修所編・前掲注(3)68～69頁、小池・前掲注(31)60頁参照。

⁴⁰ 司法研修所編『裁判員裁判と裁判官』（法曹会、2019年）148頁参照。

⁴¹ 最決平成27・2・3刑集69巻1号1頁。

⁴² 中島広樹『累犯加重の研究』（信山社、2005年）191頁以下など参照。責任加重説に対して、違法加重説も主張されている状況も同様です。西岡正樹「累

れる加重の程度は、日本よりも相当制限的である印象も受けます。ドイツでは、1960年代の刑法総則改正により、累犯加重規定（刑法旧48条）が導入されました。規定の内容は、故意犯による前科2犯以上（執行刑期合計3月以上）を有する者が、前科の犯行から一定期間内に長期1年以上の故意犯を行った場合に、前科を警告として役立てなかったことを非難しうるときは、処断刑の下限を6月に引き上げるというものでした。元々の法定刑の下限が6月を上回っているときはそれでよいわけですが、より軽い下限の定めがある場合や下限の定めがない場合に、処断刑の下限が6月に引き上げられることとなります。そして、この規定が、1979年の連邦憲法裁判所の判例によって合憲とされたものの⁴³、1986年の法改正の際に削除されました。削除の理由は、実務的に困るからということでした。何が困るのかというと、軽微事犯の量刑において、下限が6月とされてしまうと、行為責任に見合わない重い刑を科さなければならなくなり、支障があるというのです⁴⁴。そして、この規定の削除後も、ドイツの量刑実務は、前科を行為責任を加重する事情として扱ってはいますが、そのことを前提としつつも、多数の同種前科を持つ被告人による軽微な万引きや少量の薬物所持について、1月～数月レベルの実刑を科した原判断につき、行為責任を逸脱しているといった評価を下した裁判例が重なっています⁴⁵。ドイツの量刑水準が日本と比べて軽く、短期自由刑が多用されている背景の違いもありますが⁴⁶、多数前科が積み重なっても、6月で重過ぎるという評価がありうることは、量刑における行為責任主義の枠内で正当化できる範囲について

犯加重と常習犯について(1)」山形大学法政論叢 60=61号（2014年）105頁以下も参照。

⁴³ 佐土美由紀「判批」龍谷法学 55巻3号（2022年）1169頁以下参照。

⁴⁴ 中島・前掲注(42)273頁参照。

⁴⁵ 中島・前掲注(42)273頁以下、シュツレング（井田良＝小池信太郎訳）「ドイツにおける量刑」慶應法学 8号（2007年）150～151頁、西岡・前掲注(42)121頁以下参照。

⁴⁶ やや古い統計ながら、シュツレング・前掲注(45)129頁・表3参照。法定刑の上限5年の単純窃盗罪（刑法242条）による科刑の8割以上は罰金であり、残りの自由刑の約3分の2は6月未満で言い渡されています。

の感覚が、日本より制限的だと思うところがあります。

日本でも、多数前科が積み重なる場合の加重の程度は、どこかで頭打ちになるのかということが議論されます。程度の感覚はドイツとは異なりますが、私見からすれば、処罰根拠としての客観的な法益侵害と規範侵害のバランス論、つまり後者に傾き過ぎてはいけないということはあると思いますし、規範侵害のインパクトも、5犯、6犯となってくるとそれ以上は強まらない気がします⁴⁷。

そして、そのように考えるとき、やはり常習累犯窃盗罪については、酌量減輕の上でも、軽微事案において重過ぎる量刑を余儀なくしていることは否めないでしょう。歴史的経緯があって存在する規定であり、法改正による対処についても、社会に向けて、犯罪を軽くみるかのような誤ったメッセージを發することなく、行えるタイミングを考えていかなければならないとは思いますが。しかし、機会があれば問題のある規定だという発信をすることも、将来に向けて意味があることだと考えています⁴⁸。

なお、刑法総則上の累犯加重規定（56条、57条）は、形式的要件だけで、処断刑の上限を2倍にするという大幅な加重を行うもので、問題がないわけではありません。もっとも、この規定により処断刑の下限は加重されませんので、常習累犯窃盗と対比すると、行為責任主義の枠内での運用への支障は大きくはないと考えられるところです。

3 その他の観点

ここまで前科者の量刑について、警告理論による行為責任の加重という観点から論じてきましたが、学説上、別の観点から（も）理解する立場は少なくあ

⁴⁷ 小池・前掲注(31)60頁参照。

⁴⁸ 常習犯や累犯の加重処罰の正当性を否定する理解によるもので私見とは基本的立場を大きく異にしますが、近時の研究として、岡本裕明ほか「常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)(2)(3)」東海法学61号(2021年)73頁以下、62号(2022年)85頁以下、63号(2022年)91頁以下など。

りません。それらに目を向けましょう。

(1) 人間の弱さに配慮した割引の漸減

まず、英米や北欧で強い影響力がある量刑理論の権威というべき学者の所説として、初犯者（および前科が少ない者）には、「人間の弱さへの寛容」から、本来の責任に見合わない軽い刑が科されるのであり、そうした刑の割引が、再犯回数に応じて漸減していき、例えば3～4犯程度以降は失われる、と説くものがあります⁴⁹。スウェーデンでは通説的見解であるとの紹介もあります⁵⁰。

その主唱者の量刑理論の基本は、応報と言いますか、犯罪と刑罰の均衡性を非常に重視し、特別予防は刑の重さを決める要素としては考慮しないというものです。そのような立場ですので、前科その他の被告人の人的要素を再犯のおそれとの関係で考慮することはできません。ただ、初犯者と前科者では量刑が異なる現象は多くの国で見られます。それを全て不当と断じるところまでは徹底せず、前科で重くしているわけではない、むしろ、初犯者に、誰しも一度は過ちを犯すものだという人間の弱さへの寛容から、刑の割引を行っているのだという説明を与えるわけです。

しかし、この説明の実体は、警告理論と変わらないのではないかということが指摘されます⁵¹。そもそも刑法上の責任非難は、犯罪の内容・重さにもよりますが、人間の弱さへの寛容といったものも相応に踏まえながら行うものでしょう。そうしますと、本説が初犯者に対して特別に割り引かれた刑だと言っているのは、通常の実刑刑であって、回数を重ねることに割引が漸減していくことの理由は、チャンスを何度も与えたということだとすると、それは警告理論による行為責任の加重と大差ないではないかということです。

あるいは、日本の段階的処遇における検挙回数が少ない段階での起訴猶予

⁴⁹ アンドレアス・フォン・ハーシュ（松澤伸訳）『デザート・モデルの量刑論』（成文堂、2021年）79頁以下など。

⁵⁰ 十河・前掲注(3)47頁。

⁵¹ 野村・前掲注(3)94～95頁参照。

については、行為責任に応じた刑罰を科さないのは、人間の弱さへの寛容を責任非難の上で本来要請されるよりも大きく考慮して、初回だから大目に見ていると言われれば、ある程度当たっているかもしれません。しかし、起訴される事件における量刑は、やはり行為責任に応じて行っている、執行猶予になる場合も含めて、その幅の範囲内で行われていると説明すべきであろうと思っております。

(2) 非難の受容態度の考慮

最近の日本の学説では、前刑の非難を受け止めることができず、再犯をしないという期待を裏切った者には、非難を伝達する方法として、より重い刑を科す必要があるとの発想を取り込むものもあります⁵²。先程、執行猶予の選択基準として、行為責任の量的な意味での軽さだけではなく、社会内での受け止めに期待するという固有の非難方法への質的適合性も考慮されるのではないかという議論に言及しましたが、前科者への刑の加重一般という文脈でも、同趣旨の議論をするわけです。行為責任主義との関係では、「行為責任にふさわしい刑」というときの、「ふさわしさ」の問題として、犯罪行為についての責任それ自体の重さに解消されない、受け止める側の姿勢等を考慮するものとしての整理が試みられています。

私は、こうした理解に対する態度を決めかねていますが、これを刑期の加重の場面で大きく考慮するのであれば、判断者（裁判所）としては、行為責任自体が重いという趣旨ではなく、あくまで非難の「伝え方」という趣旨で刑を重くしたつもりでも、言い渡された「懲役〇年」「拘禁刑〇年」は独り歩きし、刑の客観的、社会的意味としては、そのような重さの犯罪だという評価になってしまうのではないかということを懸念します。そうすると、上記のような理解を取り入れるとしても、あくまで行為責任に応じた、当該刑の重さに対応した犯罪だと評価されても差し支えない幅の範囲内での調整要素としての考慮に

⁵² 樋口・前掲注(34)192頁以下。

とどまるだろうと、さしあたり考えています⁵³。

(3) 応報的制裁と特別予防的処分のハイブリッドとしての「刑」?

以上の2つの見解はいずれも、通説的な警告理論による行為責任の加重とは少し違った観点からですが、広い意味での応報的な非難の見地から、初犯者と前科者に対する刑は異なってしかるべきことを根拠づけようとするものであります。それに対し、学説の中には、端的に応報的非難を超えた特別予防の必要性を援用する立場もあり、例えば、日本の刑法典が定める「刑」は、①応報的な制裁と②特別予防的な処分のハイブリッドであり、①の観点から、個別の法益侵害の惹起に対する非難が、②の観点から、(犯行に表れた)行為者の危険性が、加算的に刑事責任を基礎づけるという学説が主張されています⁵⁴。これによると、前科者について、仮に①の観点から行為責任を重くできないとしても、②の観点から「刑」を加重する余地があることとなります。

通説的な理解によれば、量刑における責任主義はまさにこうした立場を排斥するものとして存在してきたのであって⁵⁵、実務上、本説の一般的な採用は考えられないでしょう。とりわけ裁判員裁判の量刑評議において、刑法の解釈と

⁵³ 樋口・前掲注(34)196頁は、この要素を一般情状と位置付け、同199～200頁は、3犯以降の刑期加重への影響は大きくないとしており、本文のような理解であるのかもしれませんが。

⁵⁴ 小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂、2007年)73頁以下、同「刑罰に関する小講義(改)」立教法学78号(2010年)391頁以下、同『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)11～12頁、20頁注30、同『刑法総論〔第3版〕』(新世社、2025年)10頁、163頁以下、211頁以下など。①を必須要素とすることで、応報的非難の可能性がない者に「刑」が科されることはない点で、かつての新派刑法学を徹底した理解とは一線が画されています。なお、小林教授の見解は、故意犯が過失犯に比して重く処罰されること一般の根拠を②に求める点が特徴的ですが、その点は別論として、「刑」=①②のハイブリッドという理解をとることも理論上可能でしょう(そうした方向性の模索として、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〕299～300頁、安田拓人「コメント」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 第2巻』〔判例タイムズ社、2011年〕162～163頁など。同・前掲注(22)179～180頁も参照)。

⁵⁵ 野村・前掲注(3)64頁など参照。

してそのような説明をすることの弊害は顕著と思われます。

あるいは、累行性の強さが類型的に想定される窃盗や薬物使用等といった罪種に応じて、「刑」をハイブリッドとして理解し、行為責任の存在は前提であるものの（上記①）、累行により段階的に重くしていくのは、行為者の問題性への働きかけの必要性（上記②）が大きな比重を占めるというように、射程を限定して本説の発想を取り入れることもありえましようか。しかしながら、そうした理解の合理性も疑問です。というのも、上記②は、保安処分にはほかならないところ、いわゆる比例原則からの制約がかかります。すなわち、諸外国の保安処分は、再犯の危険性に対処するために責任を超えた措置を講じることを、その高度の必要性を理由として許容するものですが、その歯止めとして、軽微な被害を防ぐために対象者の自由を大きく制約するのは不均衡であって許されないといった見地からの制約が考えられています⁵⁶。そうした制約を踏まえますと、軽い万引きや他害性の小さい薬物使用等の罪の累行者に対する「刑」の加重を、保安処分的なものとして正当化することには無理がありそうです。

このようにみてきますと、結局のところ、前科者に対する刑の加重は、特別予防的考慮にも動機づけられているのだとしても、その予防効果の実証性や比例原則的な考慮の要求水準が過度に厳格なものとならないのは、やはり行為責任が加重されている範囲内であるからと理解するほかないように思います。警告理論と向き合い続けるべきなのだろうと考えております。

Ⅲ 損害賠償・示談・宥恕の位置付け

1 実務上の一般的な説明

量刑事情各論の後半の柱として、損害賠償（被害弁償）、示談、宥恕を扱います。これらは、犯罪自体に属していないという意味では一般情状ですが、実

⁵⁶ 例えば、ドイツ刑法の保安処分における比例原則の定め（62条）につき、内藤謙『西ドイツ新刑法の成立』（成文堂、1977年）148頁以下、金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』（法律文化社、2015年）256頁以下〔山中友理〕参照。刑を①制裁と②処分のハイブリッドとして捉える小林教授自身も、②は比例原則の制約のもとに置かれるとしています（前掲注(54)引用の論考参照）。

務上、罪種や事案に応じて、刑を軽くする方向で大きな影響力が認められています。また、賠償の動機が真摯な反省であるのかははっきりしない、これで刑が軽くなるであろうという打算もあろう事案でも、さらに、金銭の出所が、親や知り合いに頼んで出してもらおうということでも、相当程度に有利な事情として扱われていると思います⁵⁷。

それらの事情を考慮する理由に関しては、実務上、一致した見解はないとされながらも、次のような説明が一般的です⁵⁸。すなわち、財産犯における損害賠償が大きく考慮されることについては、「法益侵害を事後的に回復するものであって、違法性を事後的に減少させる」ことに加え、「犯罪によって生じた被害をある程度帳消しにし、刑罰に代わる罰を既に受けていることを示す事情であるとみて、応報としての（責任）刑を科す必要性（要罰性）が低減する」という説明が可能であるとされます。それに対して、殺人や性犯罪といった犯罪では、金銭賠償によって法益自体は回復しないから、違法減少といった説明は困難であり、あくまで「被害者保護のために望ましい行為を促すという刑事政策的な見地から」の量刑の軽減であって、弁償・示談の持つ重みが異なることが強調されています。また、宥恕に関しては、基本的には、上記同様の刑事政策的な見地から考慮されるところ、被害感情の宥和自体を大きく考慮するというよりは、それに至った客観的な事情、賠償を含む真摯な慰謝措置といったものに着目すべきで、損害賠償や示談がある場合にはそれらを刑事政策的な見地から考慮すればよいという理解が前面に出ているように見受けられます。

もともと、私の個人的な問題意識としては、賠償等の動機を必ずしも詮索せず、本人の出捐でなくても相当程度考慮する実務運用については、結論的にそ

⁵⁷ これに対して、罪が軽くなることを期待して行う賠償の有利斟酌に反対し、特別予防的にみて減輕に値する動機を要求する立場として、城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、1995年）244頁、同『責任と刑罰の現在』（成文堂、2019年）228頁など。

⁵⁸ 司法研修所編・前掲注(3)59頁以下、司法研修所編・前掲注(40)145頁以下など。諸学説を実務家の立場から詳細に検討したものとして、横田信之「被害者と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 第2巻』（判例タイムズ社、2011年）49頁以下。

うあるべきだと思いながら、そこでいう違法減少という説明の理論的意味合いについて、若干引っかかってきました。また、実務上の理解において、刑事政策的な見地からの考慮がどの程度のもものとして想定されているのかは分かりませんが、データベース等で裁判例を眺める限り、財産犯のみならず性犯罪でも、損害賠償、示談、宥恕は、「調整要素」という表現や上記に引用した文献の書きぶりから自然にイメージされる程度よりは、相当大きく考慮されているような印象を持っており⁵⁹、その正当化に耐えうる理論的説明がなされているかといったことなども気にかかっておりました。そうした中で、①言われている違法減少と政策的見地は、別物というよりは、結びつくことで、説明として強い意味を持つものではないか、②その説明は非財産犯である性犯罪などでも妥当する余地があるのではないか、③応報的科刑の必要性の低減との関係では、被告人が既に罰、不利益を受けているという視点だけではなく、応報のメッセージであるところの非難を自ら引き受けているという視点も重要ではないか、といったことを考えるに至っておりますので、以下、試論的ながら、申し述べたいと思います。

2 賠償等による「違法減少」の内実と刑事政策的考慮—財産犯を念頭に

さしあたり財産犯を念頭に、「違法減少」の内実について検討しますと、まず、犯罪行為により生じた被害（違法状態）が裁判時にもそのまま継続している場合と、被害が損害賠償により実質的に回復されて裁判時には継続していない場合を比べると、後者の場合の方が、全体としての処罰対象となる被害事実が小さくなるということが出来ます。量刑上問題となる犯罪被害は、既遂結果が生じたら、それで固定されて、それ以降のことは考えないというのではなく、実質的な被害の時間的継続の程度、つまり、将来も続き、被害者の生活に

⁵⁹ 小池信太郎「性犯罪の量刑（その4）」法学セミナー802号（2021年）106頁。岡慎一＝神山啓史『刑事弁護の基礎知識〔第2版〕』（有斐閣、2018年）226～227頁、季刊刑事弁護増刊『情状弁護アドバンス』（現代人文社、2019年）210頁（性犯罪では「示談ができるかどうかにすべてがかかっているといっても過言ではない」）も参照。

実質的な影響を及ぼし続けるのか、それとももう解消されて、それ以上は続かない状態でいま裁判を迎えているのかによって、被告人が責任を負うべき被害の全体像が変わってくるはずですが。量刑学説には、(違法減少という説明は忌避するものの、「不法に関する犯情事実の減少」という表現の下に) そうした事実的な側面を強調して説明するものがあります⁶⁰。これは素朴ですが正しい理解の一端を示すと思います。

もっとも、この理解だけだと、「重要なのは、まさに客観的に損害が回復されたということそれ自体」⁶¹に尽き、そのことへの被告人⁶²の関与の有無は重要でないこととなりましょう。しかしながら、ここで被告人の関与とは、自ら出捐までしなくても、被告人が頼んで親や知り合いに出してもらおうというような場合でもよいとは思いますが、そのような場合を含めて被告人の関与が認められる場合と、例えば、犯行後に仲たがいするなど、全く連携関係にない共犯者が独自に賠償し、被告人は何ら関与していないような場合で、違法減少の見地からの軽減の程度が同等という帰結になってしまうならば、それは不当と言うほかないように思います。そして、もしそうした価値判断が共感されたとしたら、ここでの違法減少の内実には、被告人が関与することで被害の継続が阻止されたという事実に、犯罪行為による被害の惹起についてのマイナス評価(違法性)をいわば相殺するプラス評価(違法減少)を認める営みを含んでいることとなりましょう。相殺という表現が適切かは微妙ですが、それ以上のマイナスが生じなくなったことを評価しているだけではなく、生じたマイナスの一部と対置されるプラスの評価に値するものがあるということです。その上で、そうした営みを行うことの実質的根拠を見出すならば、被害者保護のために望

⁶⁰ 十河・前掲注(3)450頁以下。横田信之「犯罪被害者と量刑」刑法雑誌52巻3号(2013年)410頁や野村・前掲注(3)55頁も、違法減少として、被害が回復された事実自体を評価しているようであり、十河説との違いは用語・表現の問題であるように見受けられます。

⁶¹ 十河・前掲注(3)450頁。

⁶² 裁判時点での属性で呼びますが、もちろん起訴後の賠償等のみを問題とする趣旨ではありません。

ましい行動を促すという政策的目的を追求するためであるという理解に帰着するでしょう。これは、中止未遂が障害未遂よりも特に寛大に扱われることの根拠論に関して学説上有力となっている、刑事政策＋「裏返しの犯罪論」における（危険消滅による）違法減少の説明⁶³のアナロジーであります。法益保護という刑法の高次の目的の下、法益侵害にマイナス（違法）評価を、侵害状態の継続の阻止にプラス（違法減少）評価を与え、前者による当罰性の一部が後者により打ち消されることを認めると説明すれば分かりやすいのではないかと思います。中止未遂との関係では、既遂結果の阻止にプラス評価を与えるのに対し、量刑論の文脈では、既遂後の実質的被害の継続の阻止にプラス評価を与えるという違いはありますが、論理構造は平行であるということです。

そして、このようにみても、被害者保護のための政策的考慮であれば調整要素にすぎず、違法減少であれば大きく考慮されるといった図式的な見方は不十分に思えてきます。両者は結びつくことで大きな軽減的考慮を支えているのではないかと先程申し上げたのは、そのような趣旨であります。

なお、こうした実質的考慮を違法「減少」と表現するのは、当該犯罪行為の違法評価自体の事後的変更と受け取られかねない点では、語弊がありえます⁶⁴。そうであれば、「政策＋違法減少」として説明せず、単に「政策的考慮による大きな軽減（それが認められる場合もある）」と説明してもよいのかもしれませんが。もっとも、ここで問題となっているのは、あくまで当該犯罪により生じた、その違法内容をなす被害の回復（継続阻止）行為に、当該犯罪に対する刑罰の相当部分の軽減という恩典を与える営みであって、その他諸々の純然たる政策的考慮とは一線を画していると思います。政策的考慮といっても、何らかの望ましい行為を促すためであればいかなる目的でも量刑上考慮してよいのか

⁶³ 例えば、理解のディテールは一樣でないものの、山口・前掲注(21)301～302頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）463頁以下、松原・前掲注(7)383頁以下など参照。

⁶⁴ 中止犯論にいう「違法減少」についても、しばしば誤解を避けるべき旨の注意喚起がなされます。一例として、安田拓人『基礎から考える刑法総論』（有斐閣、2024年）349頁。

は微妙ですし、考慮してよいとしても、刑法の目的との関係で周辺的な考慮であれば、微調整の範囲にとどまるでしょう⁶⁵。被害回復には、そうした純然たる政策的考慮とは異なる、刑法の主たる目的という見地からの重要性が認められることを意識する意味において、違法減少という説明にシンボリックな意味を持たせられるのではないかと考えています。

3 非財産的被害の回復

(1) 性被害

続いて、非財産的被害のうち重要なものとして、性被害を扱います。性犯罪事件における慰謝措置等の位置付けは、量刑理論上の難問であると思っております。

まず、損害賠償・示談についてみますと、前述したように、実務上の一般的理解は、性的被害の性質上、金銭によって被害を回復させることはできないから、損害賠償による違法減少等は認められず、量刑の軽減は政策的見地からのものであるというものですが、裁判例を眺める限り、損害賠償・示談の考慮要素としての比重は、性犯罪においても相当に大きい印象であり、「金銭面では被害が一定程度回復している」といった説示をする例も少なくありません。

ここで「金銭面では」という表現の趣旨は明確ではありませんが、私としては、財産犯について先程述べたところは、非財産犯にも（程度の差こそあれ）妥当させてよいのではないかと考えています⁶⁶。慰謝料という制度は、本来的には金銭に置き換えられない非財産的損害についても、金銭賠償による填補を認めるものです。そのことからすると、異論も予想されるものの、性的侵害についても、被告人が相当額の慰謝料の支払を申し出て、被害者がこれを受け入れたのであれば、一部弁償としての受領か、示談にまで至っているかといったことも踏まえ、相応の被害回復としての法的意味を持たせ、先程の政策+違法

⁶⁵ 政策的考慮による調整の考え方の検討として、十河・前掲注(3)478 頁以下参照。

⁶⁶ 小池・前掲注(59)112 頁も参照。

減少という趣旨による量刑軽減を認めてよいのではないか、裁判例における考慮の大きさは、そのように理解せざるをえないと思わせる程のものではないか、という考えです。

私見の趣旨を明確にするためにいくつか確認しておきますと、第1に、性被害の直接的回復ということはもちろん不可能であり、金銭という別の利益の取得による間接的な回復にすぎないことから、財産犯と同等にはなりません⁶⁷。第2に、金銭の支払に被害の一部回復としての法的意味を持たせることができるのは、あくまで被害者が慰謝措置として受け入れる限りにおいてであって、例えば、被害者から受領を拒絶されているのに、一方的に供託したという場合、上記意味での評価はすべきではありません。この場合、純然たる刑事政策的考慮からの調整的な軽減の余地が残るだけですが、その文脈でも、単に弁済を提供した、さらに供託した事実だけではなく、被害者に誠実に向き合う交渉がなされたかという過程全体が評価されるべきでしょう。第3に、被告人が被害者から提起された民事裁判で敗訴するなどして、いわば強制的に支払われたような場合、被告人の意思に基づく行為・関与による被害回復を違法減少として評価するという前述の趣旨は妥当せず、客観的な回復が一定程度実現しているという限度で評価されるにとどまります。この場合、被害者が自ら行動を起こす負担を強いられていることをも併せ考えると、賠償の量刑事情としての価値は非常に低いものにとどまるように思います。

さらに判決の量刑理由における言及に関し、私見は、あくまで法的評価として被害回復を認めるという趣旨であって、事実としては回復しないことは前提なのですが、その趣旨が十分には伝わらないかもしれない被害者に対し、無神経な表現を用いてある種の二次被害を与えるようなことは避けなければなりません。その点で高度の慎重さが要求されるべきであると考えていることも付言しておきたいと思います。

⁶⁷ 財産犯の金銭賠償も、被害品が現金である場合を除けば、間接的なものではありませんが、性被害の賠償とでは、間接性の度合いに大きな違いがあります。

次に、宥恕に関し、前述した実務上の一般的な理解は、前提としての損害賠償や示談の意義を強調しており、被害感情が宥和していること自体はそこまで重視しないかのようにも受け取れます⁶⁸。もっとも、実務家による指摘の中には、性犯罪において、宥恕は他の罪種と比べて大きく考慮されているとするものもあります⁶⁹。私が裁判例を眺めた限りでも、損害賠償、示談がなされていけば宥恕ではなくても相当程度の軽減的考慮がなされていますが、それらにとどまらず宥恕までなされているかに着目し、そこを決め手としている例もみられます。グラデーションで、全部揃えばより大きく考慮されていると理解するのが自然でしょう。裁判例の中には、宥恕を、精神的被害の一定程度の回復の徴表だと評価したり、性犯罪は精神的苦痛がその被害の内実として大きな意味を持つから、宥恕の事実は一般情状でも相当重みがあるというような説示もなされています⁷⁰。

そしてここでは、宥恕を精神的被害の（一部）回復の徴表として評価する方向性に賛成したいと思います⁷¹。すなわち、性犯罪の法益侵害は、精神的被害を伴うもので、それが長期間継続することが予定される場所、被害者が示談に応じ、さらに被告人を許す気持ちにまでなっていることは、やや擬制的ながら、性被害に伴う精神的被害の一部が回復（緩和）していることの徴表として位置付けうると考えます。あくまで、そうでない被害者との比較においてであり、宥恕した被害者も心に深い傷を負い続けているであろうということは当然の前提です。そうした理解の下、先程からの説明を妥当させられる、つまり、精神的被害が一定程度和らいでいると言えること自体、考慮できるし、それが被告人の具体的な慰謝措置によるということであれば、政策+違法減少という趣旨で、より大きく考慮できると考えています。

⁶⁸ 小池信太郎「コメント」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 第2巻』（判例タイムズ社、2011年）133～134頁では、そのような理解に傾倒していました。

⁶⁹ 岡＝神山・前掲注(59)227頁。

⁷⁰ 小池・前掲注(59)106～107頁。

⁷¹ 小池・前掲注(59)111～112頁。

(2) 死亡被害

殺人既遂や傷害致死の事件における死亡被害に対する賠償の量刑理論上の価値を大きく見積もることに対しては、私見は消極的です。

まず、死亡被害が生じた場合、回復を受けるべき被害者自体が消滅し、いかなる意味でも「取り返しがつかない」事態となっている以上、先にみた実務上の一般的理解と同様に、遺族への損害賠償、遺族との示談といった事情を、前述の違法減少説的な趣旨で考慮すべきではないと考えます。性被害に関して前述した私見を押し及ぼすならば、慰謝料請求権の相続が認められる以上、その履行に、法的評価としては、損害の一部回復としての意味を持たせてよいという議論もありうるかもしれませんが、回復される主体自体がいなくなっているところでまでそうした法的フィクションを用いるべきではないように思います。

あるいは、殺人罪や傷害致死罪により捕捉される実質的被害の範囲として、被害者の生命にとどまらず、遺族の精神的その他の様々な被害も含まれているというような見方⁷²からは、遺族に対する賠償を、前述の政策+違法減少という趣旨で考慮する余地も出てくるでしょうし、遺族の宥恕を遺族の精神的被害の一部回復の徴表として捉える余地もありましょう。量刑理論上の態度決定を要する問題であり、ここでは詳論を避けますが、私見は、そうした見方と距離をとっており⁷³、上記の消極的姿勢はその帰結という面もあります。

遺族の権利・利益の保護は、刑事法上尊重されるべきものではありますので、政策的考慮として、遺族への慰謝措置等を促す趣旨で量刑上考慮する余地は残っているかもしれません。ただ、仮にそうだとした場合、純然たる刑事政策的考慮であって、量刑への影響力という意味では、微調整の範囲にとどまるものと考えています。

⁷² 横田・前掲注(60)414頁など参照。

⁷³ 小池・前掲注(68)130～131頁。

4 賠償等による「応報的科刑の必要性の減弱」の内実

損害賠償等による軽減的考慮の理由として、刑罰に代わる罰をすでに（一部）受けたことにより、応報的科刑の必要性が減弱するという説明もなされていることを先に紹介しました。これに影響を与えたと思われる学説は、同じカテゴリで、長期の未決勾留、失職等の社会的制裁などをあげており、要するに、刑罰に代わる不利益をすでに受けていることを考慮する趣旨に理解することができます⁷⁴。

ただ、そうした考慮の可能性に一般論として賛成しますが⁷⁵、ここで金銭の支出という不利益が刑罰に代替する害悪・不利益となることに着目するだけでは、やや理論的視野が狭いようにも思います。

むしろ、応報的科刑の必要性の減弱の意義を考えるにあたっては、刑罰における応報は、犯罪行為に見合った不利益を与えることをもって、社会および被告人に対し、非難のメッセージ（「被告人は悪いことをした」）を真剣に伝達する営みである、そうした意味でのコミュニケーション機能が本質をなしていることの認識が重要でしょう⁷⁶。そして、応報がそのようなものだとなれば、被告人が、犯行後に、非難を引き受ける（非を認める）メッセージを真剣に発していると評価される客観的行動をとった場合、応報的科刑の必要性が減弱することができると考えられます⁷⁷。自白、謝罪、反省の弁は既にそのよう

⁷⁴ 井田・前掲注(54)305頁。司法研修所編・前掲注(3)156頁注122も参照。

⁷⁵ 小池・前掲注(5)39頁以下。十河・前掲注(3)446頁以下も参照。

⁷⁶ そのことは多くの論者によりさまざまな場面で指摘されており、不利益の付与と非難のメッセージの関係をめぐる理論的対立なども尽きませんが、本文で述べた限りでは一般的な理解と言ってよいのではないかと考えています。井田・前掲注(11)『死刑制度と刑罰理論』58～59頁参照。諸外国の議論を参照しながら理論的に掘り下げるものとして、例えば、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（2018年）168頁以下、中村悠人「刑罰と『コミュニケーション』」刑法雑誌63巻2号（2024年）326頁以下、松澤伸「刑罰における『感情』と『害悪』」同341頁以下。

⁷⁷ 捜査協力の量刑上の考慮の文脈における言及として、成瀬剛「企業犯罪と協議・合意制度」刑法雑誌61巻3号（2022年）421頁参照。

な意味を持ちうるわけですが、単に口頭で述べるだけでは、重みが限られるところ、損害賠償等は、その時期や金額（割合）に応じて、自己の不当な行為による損害であることを積極的に承認する意味を持った客観的行動として、その度合いにももちろん限度はあるものの、相応に強く考慮できるだけの価値を認めうるように思います。心からの反省に基づくかという意味での被告人の内心は究極的には分かりませんし、刑を軽くしたいという打算にも基づいている方が通例でしょうが、そうであっても、法秩序において、上述のような客観的意味を持つ行動として、十分評価に値するという趣旨で述べております⁷⁸。

5 行為責任主義・責任刑と事後的軽減要素の関係

最後に、量刑における行為責任主義や責任刑（の幅）と呼ばれるものと、ここで扱った「政策的考慮と結びついた違法減少」「応報的科刑の必要性の減弱」といった事後的軽減要素の関係に言及しておきます。

私見によれば、それらの事後的軽減要素は、行為責任それ自体を左右しないが、行為責任に由来する応報的な意味での当罰性を（一部）打ち消す要素であって、予防的考慮等により絞り込まれる前の刑の幅の全体を（相応に）引き下げる機能を持つこととなります。そのことを自然に表現するには、①行為責任そのものの重さと、②行為責任に由来する応報的当罰性が裁判時点でどれだけ残っているかという意味での「責任刑」の重さを観念し、この責任刑の幅の中で③予防的考慮等を行うという説明が、無理がないという考えに至っています⁷⁹。

⁷⁸ 井田良「量刑決定の構造」フレッシュほか編著『量刑法の基本問題』（成文堂、2011年）111頁、同・前掲注(11)論究ジュリスト2号63頁は、反省に基づく自白等の行動により応報的科刑の要求が事後的に（大幅にではないが）打ち消されるという理解を示しており、応報的科刑の必要性の減弱の内実として、刑罰に代わる不利益以外の観点も考慮する趣旨を読み取れます。私見はそのことに賛成した上で、内心での反省を前提としているかのような部分に疑問を呈するものであります。岡上雅美「刑罰正当化論から見た責任概念および意思の自由」刑法雑誌46巻2号（2007年）264頁なども参照。

⁷⁹ 堀江慎司「コメント」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 第3巻』

そして、この②での軽減は、行為責任を根拠とする応報的当罰性の減少を問題にしており、処罰の根拠・対象はあくまで犯罪行為ですので、事後的軽減を経て「責任刑」が定まるという説明は、量刑における行為責任主義との理論的不整合をきたすことなく、可能であると考えます。ただし、②での大きな軽減を説明なしに行うと、まるで、当該の犯罪行為にその軽減された刑が（①の意味で本来的に）釣り合っていると評価しているかのような外観を呈してしまうので、判決の量刑理由中での説明が重要であるということになると思います。

また、「犯情」「一般情状」との関係については、厳密に考える必要はあまりないと思います⁸⁰。事後的軽減要素は基本的に一般情状であるが、財産犯における直接的な被害回復による違法減少に関する要素などは、犯情に準じると表現しても違和感はない、というくらいの感覚です。

おわりに

法学部やロースクールの授業、とくに必修科目で量刑について十分に扱うことは一般に難しく、多くの法律家が量刑の考え方についてまとまった形で学ぶ場としては、司法修習がメインとなります。そこで教えられている教官の方々に、私なりに関心を持って学び、考えてきたこととお話して、意見交換を

（判例タイムズ社、2011年）379～380頁を参照。なお、十河・前掲注(3)446頁以下も実質的に同様の理解ですが、そこでは、事後的軽減要素に、行為責任に「ふさわしい刑の要素」という呼称が与えられていることが特徴的です。個人的には、「ふさわしい」という言葉自体に、行為責任との釣り合いという以上の意味を読み込むことがやや難しく感じ、例えば、「行為責任自体に応じた刑は5年前後だが、損害賠償や示談による応報的当罰性の減少を考慮すると、行為責任に『ふさわしい』刑は4年前後になる」といった言い方には違和感もあります。「①行為責任にふさわしい刑（＝責任刑）の枠内で②予防的考慮等を行う」という一般的な定式の中に事後的軽減要素を入れ込むための構成として理解はできるのですが、「①行為責任へのふさわしさを基本としつつ、②応報的当罰性を減少させる要素があればそれも考慮することで定まる『責任刑』の枠内で、③予防的考慮等を行う」と定式化してもよいように思います。ただ、このあたりの語感には個人差も大きいかもしれません。

⁸⁰ 刑法・少年法のいくつかの条文において、「犯情」への言及がありますが、それぞれの文脈に合わせて解釈でき、量刑事情における「犯情」の範囲を一般論として厳密に画しておく実益は小さいと考えています。

させていただけるのは、本当に貴重な機会と思っております。御清聴どうもありがとうございました。

【質疑応答】⁸¹

●A刑弁教官 特殊詐欺の事案で、例えば、100万円の被害のうち、銀行が全部又は一部を被害者に補償し、その分被害者の被害は回復される場合があります。その上で、被告人が被害者本人に弁償をする場合、さらに銀行にも弁償する場合があります。それらの場合の考え方はどうなりましょうか。

例えば、銀行から75%被害者に補償され、被告人が、被害者本人に残りの25%を弁償したとして、それだけだと実刑だが、さらに75%分を銀行に弁償すると執行猶予になるといったことが結構あると思うのですが、どう理解すればよいでしょうか。

○小池 銀行の補償により被害者本人の被害が回復したというだけでは、被害者本人の被害が銀行に移っただけで、全体としてみて、処罰を根拠付ける被害が小さくなっておらず、量刑の大きな軽減には結びつかないと思います（個人としての被害者の生活への影響が最小限で済み、被害が経済的体力のある銀行に移ったことに多少は意味があるかもしれませんが）。これは、被告人が補償に関与していないからというよりは、それ以前に客観的に、全体としての被害が回復されていないから、というように理解しています⁸²。

挙げられた例で言えば、銀行から75%被害者に補償されていたとして、被告人が、被害者本人に残りの25%を弁償すると、被害者本人の財産的損害は一応100%回復されますが、それだけでは銀行の被害が残っているわけで、

⁸¹ 当日の記録をもとに整理・要約・補充しました。また、一部の質問・回答は、現時点で考えがまとまっておらず、後日再検討したいという趣旨で割愛したことをお断りしておきます。

⁸² 司法研修所編・前掲注(3)63頁は、賠償請求権が移転して賠償すべき相手が変わったにとどまる以上は、違法減少、責任減少、刑罰を科す必要性の減少、刑事政策、特別予防のいずれの観点からも刑を大きく軽減する理由は見出せないとしています。

75%分を銀行に弁償してはじめて、被害全体が回復されたことになるという考え方です。75%というように割合も大きいと、それで実刑、執行猶予が分かれるということも十分ありうるように思います。

●B 刑裁教官 例えば介護殺人のレンジが殺人罪の法定刑のかなり下の方に来ることについて、司法修習生に説明する際には、まずは責任ないし意思決定に対する非難可能性という観点で、普通の人でも追い込まれたらそういうことをしてしまうかもしれないという説明をしてきましたが、例えば通り魔殺人は、生命に対する脅威、危険性という意味でインパクトが違うのだらうなども考えてきました。講演の中で、これらの類型で違法性が異なるという話がありましたが、どのような意味で異なるのか、補足していただけるでしょうか。

○小池 殺人の違法性の内実は、単に当該被害者の生命に対する侵害だけではなく、この社会の人の生命一般に対する脅威としてどれだけ大きいか、といったことを含むのではないかということを考えています。

ドイツの謀殺罪に関する議論にも影響を受けています。ドイツでは、法定刑が非常に重いタイプの謀殺罪と、故意殺人の原則型としての故殺罪があり、さらに故殺罪の中で、一定の要件を充足すると法定刑が軽くなる類型がありますが、その謀殺の要件について、現状よりも体系的・理論的に整理された形にできないかというような議論がときおりなされます（現実の立法には結びついていないのですが）。その中で、ある研究グループの立法提案において、謀殺と故殺の区別に関する指導原理として、社会における人の生命一般に対する大きな脅威を伴うものかということが強調され、例えば、テロリズムやヘイトクライムが筆頭格の類型として想定されていました⁸³（諸外国の量刑ガイドラ

⁸³ 小池信太郎「ドイツにおける殺人処罰規定の改革をめぐる議論の動向」川端博ほか編『理論刑法学の探究4』（成文堂、2011年）243頁以下参照。

なお、ヘイトクライムについては、一般的な量刑準則と量刑事情を定めた総則規定（ドイツ刑法46条）に加重的な量刑事情であることを明記する改正が2015年と2021年に行われています。詳しい検討として、野村健太郎「ヘイトクライムと量刑」愛知学院大学論叢法学研究64巻3=4号（2023年）19頁以下。

インにも同様のものがありました。)

そのような観点から、通り魔殺人は、潜在的に誰しもが被害者になりうるために、社会の人の生命一般に対する脅威として大きく、行為の客観的・主観的な文脈における法益軽視性が甚だしいということで、重く処罰すべき典型例の1つであると思います⁸⁴。それ以外にも、人の生命を非常に軽視している、なんとも思っていないということの表現であると言える、あるいは言われてもしかたがないような文脈における殺人は、社会にとってより大きな脅威であり、重い違法評価を与える必要があるのに対し、例えば家庭内や友人間でのいざこざがあつての殺人といったものは、もちろん人殺しは悪いのですけれども、範囲が限定されていることが、一般論としては、相対的に軽くなる意味を持つのではないかということです。

●C 検察教官 執行猶予中の裁判があつて、今回は執行猶予の取消しが想定されるという案件で、前刑と再犯の刑を合算すると長期の実刑となるので、再犯の量刑を少し抑えめにする例があると思います。しかし、警告理論からすると、執行猶予により取消しの警告の下に再犯をしないように求められているにもかかわらず再犯をしていることが重要であり、合算すると長期になることを考慮することに疑問も感じていますが、そのあたりはどのようにお考えでしょうか。

○小池 再犯の量刑上、執行猶予の警告にもかかわらず再び罪を犯した点を不利に評価すべきことはその通りで、そのために、やったことは大差なくても、再度の執行猶予はなかなか認められず、基本は実刑となるのだと思います。

その上で、執行猶予取消しにより執行されることとなる前刑との合算の扱いをどうするかですが、なかなか難しい問題です。そもそも前刑の刑期が、執行猶予とすることを理由に、少し上乘せされていると言いますか、求刑に対し、実刑とするならば刑期は割り引くけれども、執行猶予とするならば刑期はその

⁸⁴ 裁判例でも垣間見られるそのような理解に対する批判的検討として、高村樹世土「被害者1名の通り魔・無差別殺人(中)」季刊刑事弁護118号(2024年)104頁以下。半田靖史ほか「座談会・重罰化要因となる社会的類型の検討と弁護の課題」季刊刑事弁護124号(2025年)141頁以下も参照。

ままといい扱いが実務上多いと思います。そのこと自体は、執行猶予とすることに伴う感銘力が低下しないようにといった観点などから、一応理解できるとして、しかし、取消しにより現に執行されることとなると、最初から実刑にする場合に想定されるよりも重くなってしまうのはいかなものかということで、バランスを取っているというようなことが言われます。再犯の量刑は再犯に対するもので、合算を前提に考えるのは本来邪道なのですけれども、ただ、執行猶予は、警告である一方で、処遇上の未確定状態という面もないわけではなく、執行猶予中に再犯があったら、その時点で事件全体を捉え直し、併合罪の量刑のように複数の罪に対する量刑としていかにあるべきかという考慮を加味することも理論上許容しうるのではないかとも思われます⁸⁵。そのような観点からは、合算を前提に抑えめにという考慮も、再犯自体の行為責任の評価を大きく歪めてしまう程でなければ、あってよいのではないかと考えています⁸⁶。

●D 刑裁教官 先程の規範的見地から違法性が重くなるという理解は、私もじっくりくるのですが、類型によるレンジの違いを裁判員に説明する際に、刑法はそのように理解できるという説明をどこから導いたらよいだろうかということが引っかかっています。行為責任・犯情に応じた量刑ということは、刑法は基本的に結果や行為に応じて犯罪類型・法定刑を定めているということから説明しやすいのですが、そういった説明方法についての考えがあるでしょうか。

○小池 刑法の規定は、様々な解釈の余地があるものが多く、いま問題となっている事柄について、条文がこうなっているからという説明には限界があるよ

⁸⁵ 同趣旨かは分かりませんが、川出ほか・前掲注(26)26頁〔芦澤政治発言、樋口亮介発言〕も併合罪の考え方が参考になるとしてしています。

⁸⁶ なお、令和4年刑法一部改正につながる法制審議会の部会の議論では、裁判所が執行猶予の取消しに際して刑の一部の執行を免除できる仕組みを導入することなども検討対象となりました。結論的に導入は否定されましたが、ここでは、現行法下でも、再犯の量刑において、猶予期間中の負担や相当期間の更生への努力を有利することは理論上可能で、実務上も執行猶予の取消しの見込みは酌むべき事情として考慮されていることなどに言及され（法制審議会少年法・刑事法〔少年年齢・犯罪者処遇関係〕部会第1分科会第4回会議議事録15～17頁、同分科会第6回会議議事録8～10頁参照）、そうした運用が今後もなされることを前提とした議論が行われたように見受けられます。

うに思います。なかなか悩ましいところです。

直接のお答えにならないのですが、裁判官が、社会的類型によりレンジが異なること（や量刑傾向を踏まえた判断は判例で求められていること）を説明した上で、その事件で例えば通り魔殺人が問題になっているならば、その悪さの実質について考えていることを、平易な言葉で、自分の解釈であることを示しつつ、説明して納得を得るよう努めてほしいと思っています。刑法の違法性や責任の考え方は、法解釈の問題であって、いわゆる説明事項に当たります⁸⁷。それに基づく事件の評価は最終的には協働事項でしょうが、社会的類型を評価する際の物の考え方自体は、説明事項としての色彩が強いと思います。もちろん、その内容をめぐり裁判官の中でも様々な考え方がありうるわけですが、1つの裁判体に属する裁判官の間では、当該事件の判断に必要な限度では、できる限り理解の統一に努める必要があります。また、その結果を裁判員と共有する際に、規定上のよりどころを分かりやすく示せば望ましいことは確かですが、それが難しい場合にも、説明して納得してもらうことは裁判官の職責であるはずですが、押し付け的な印象になって評議の機能不全を招かないような配慮は当然必要ですが、それは（講演者は何らの経験もないのに恐縮ながら）評議の技術論の問題であると考えております。

●E刑弁教官 前科の量刑上の考慮に関し、警告理論による行為責任の加重という考え方はフィクションのようになってしまう面があり、そうならないために、具体的事情の吟味が必要だというような言及があり、量刑弁護において参考にできればと思いました。引用されていた死刑選択判断の適否が問題になった最高裁判例⁸⁸のような重い事件で使える視点など、掘り下げていただけるでしょうか。

○小池 警告理論の現実的妥当性は、反対説からはつとに批判されてきたところであり、前科者が社会で置かれる苦境、社会復帰の難しさからすると、前科

⁸⁷ 司法研修所編・前掲注(40)2頁など参照。

⁸⁸ 前掲注10で引用した各最高裁判例を指します。

はむしろ犯罪に及ばないことを困難にする気の毒な事情として責任軽減の理由になりうるもので、加重なんてとんでもないというものすらあります⁸⁹。国家・社会としてそうした一般論は受け入れ難いと思いますが、そこでは、刑法上の責任非難は、人は一般に社会の一員として規範意識を持つ「べき」で、一度有罪判決や刑の執行を受けるなどして自省の具体的機会を持ったのであれば規範意識が一層覚醒される「べき」だという規範的な期待が入っている、その意味でフィクションとしての面が否めないことが浮き彫りになっているわけです⁹⁰。ただ、そうした面が否定できないとしても、その度が過ぎて、あまりにも処罰する側の都合だけで考えることにならないよう、被告人が置かれた現実をできる限り具体的に踏まえた上での判断であらねばならない、というのがご関心を持たれた言及部分の趣旨であります。そのような観点から、前科の数・重さ・内容、時期、今回の犯行との内容的関連性、被告人が前科の警告を受け止められなかったことへの精神障害の影響、更生に向けて具体的に努力した経緯などの吟味が求められると申し上げました。

講演中に言及した平成27年の最高裁判例は、懲役20年の殺人前科のある被告人が出所から半年で強盗殺人を犯した事案ですが、先に引用した部分に続いて、前科の犯行は将来を悲観しての妻子に対する無理心中であり、今回の利欲目的に強盗殺人と関連性が薄い点や、被告人が出所後更生意欲を持って就職するも前科の存在が影響して職を維持できず自暴自棄となった（とみる余地がある）点を指摘し、今回の強盗殺人の量刑に当たり、前科を過度に重視するのは相当でないとしています。個別事件の評価としてはいろいろな意見があるかもしれませんが、警告理論の現実的妥当性という観点から着目すべき点に着目した判断として評価することができます。前科者による重大事件での弁護においても参考になるものと思います。

なお、ご質問の際の関心の中心は重い事件であったかと思いますが、個人的

⁸⁹ 吉岡一男「累犯と常習犯」同『刑事制度論の展開』（成文堂、1997年）200頁。

⁹⁰ 前掲注(38)引用の文献参照。

な関心事項についても申し上げますと、比較的軽い事件における再度の執行猶予の許否の判断との関係でも、類似のことが問題になりうると思っています。

この度、令和4年の刑法一部改正により再度の執行猶予の法律上の要件が緩和され、言渡し刑期の上限が1年から2年に引き上げられ、執行猶予による保護観察中の再犯に対する再度の執行猶予が可能とされました（令和7年6月1日施行）。ただ、その運用上、形式的要件が緩和されたからといって、実質的基準自体は基本的には変わらず、執行猶予中の犯行は、執行猶予による警告を受けているのに再犯に及んだことを考慮して加重された行為責任の評価の下、大原則は実刑という実務は不変だと思います。もっとも、ここでも警告理論の射程の限定という視点は意味を持ちうるように思いまして、例えば、初犯の執行猶予で保護観察に付された者が、その処遇プログラムに熱心に取り組む中で（一時的な）つまずきとして同種再犯に及んでしまったというような場合、そうした具体的経緯を斟酌して非難の程度を評価し、例外的な再度の執行猶予の可能性を探っていくというようなことはあってよいと思います⁹¹。警告理論をベースに執行猶予中の犯行は厳しく評価する原則を維持しつつも、そこに風穴を開けるイメージで、改正によって法律上可能となった部分を有効活用してもらえたらと思っています⁹²。

●F 刑裁教官 行為責任主義との関係で、被告人が自己の犯罪事実を積極的に認めていることの位置付けや考慮の限界についても関心があります。量刑判断において、被告人が積極的に事実を認めていることは相応に考慮されていると思いますし、諸外国を見ても、例えば、イギリスの量刑ガイドラインでは、手続の最初の段階で有罪答弁をすると、刑が最大で3分の1割り引かれるという、かなり大幅な軽減がされていると聞いたことがあります⁹³。また、例えば、犯

⁹¹ 中野ほか・前掲注(4)96～97頁に引用の川原隆司刑事局長（当時）の国会答弁でも、そうした事案での適用が想定されています。

⁹² 小池信太郎「執行猶予制度の拡充と量刑判断」只木誠ほか編『変革の時代における刑事法学の探究 井田良先生古稀祝賀論文集』（慶應義塾大学出版会、2026年刊行予定）で詳論しました。

⁹³ <https://sentencingcouncil.org.uk/guidelines/reduction-in->

行の動機や目的により違法性が重く評価されるという先程来の理解からすると、主観面である動機や目的を積極的に認めた正直な被告人が非常に重く処罰されてしまうこともありうるわけで、そういう被告人自身の犯罪事実の解明への積極的寄与は大きく考慮してもよいのではないかと思うところもあります。一方で、日本では、自己負罪型の司法取引は認められていない（し、捜査協力型の司法取引もなかなか用いられない）現状もあるため、被告人による事案解明への協力や、積極的に事実を認めていることを量刑上考慮する理論的正当性や限界について、ご教示をいただけないでしょうか。

○小池 私見において、自己の犯罪事実の解明に積極的に協力する行為は、刑罰における応報の本質としての非難を自ら引き受けるメッセージを真剣に発しているとして評価される客観的行動として、量刑理論上の価値を有することとなります。その価値の程度は、具体的事情によります。例えば、公判の途中で、証拠状況が自己に不利であることが誰の目にも明らかになってから認めても、一般に価値は低いでしょう。捜査段階では否認していたが、公判では冒頭から認めるというならば、相対的には良い情状でしょうが、それでも、大幅な軽減に値するかというと、一般的にはそうではないように思います。それらに対し、捜査段階で、被疑者が自分から申告しない限りは解明が難しかった、少なくとも相当の捜査リソースを投入しなければ解明できていなかったと思われるような犯罪事実あるいは重要な量刑事情について、積極的に申告し、それによって処罰が、あるいは当該犯行の悪さの重要部分を踏まえた処罰が可能となったというとき、上記の客観的行動としての価値は高いといえることができるはずです（状況によっては自首と重なりますが、自首は、いずれにせよ発覚を免れなかったであろうような場合でも要件を満たせば成立し、任意的な減輕事由となります。それに対し、ここでは協力行為のより実質的な価値を評価することとなります）。重要な量刑事情の解明に不可欠であった協力の場合に、それにより立証された犯行の悪質さによる刑の加重と解明への寄与による刑の軽減の差

引勘定でゼロになってしまっただけではおかしいとは思いますが、解明協力なしに同じ事情が立証された場合よりは相当軽くなってよいのではないかと考えます。

ただ、ご指摘の量刑ガイドラインのような方法になってくると、私見が想定するよりももっと大きな政策、つまり、多くの被疑者・被告人に自白してもらって、全体としての刑事司法の負担を軽くするという政策的考慮が入っているのではないかととも思います。国ごとに事情があり、そのような方法でないと刑事司法が回らないということであれば、国家社会として決断して立法でルール化することは妨げられないかもしれません。もっとも、日本では、従来そのような方法によらなくても刑事司法は回ってきたし、最近では黙秘する被疑者が増えているという話も聞きますが、現段階では、どうしても回らないというような切迫した危機感ではなく、そうした背景の下、自己負罪型取引の導入も見送られているというのが、個人的な認識ではあります。将来はどうか分かりませんが、いずれにせよ、そうした大きな政策的考慮は、裁判官により行う人もいれば行わない人もいるというのでは著しく不公平ですので、行うのであれば、立法等による決断を要すると考えています。