

慶應義塾大学学術情報リポジトリ  
Keio Associated Repository of Academic resources

Title	不遇な生育歴と責任非難
Sub Title	Disadvantaged upbringing and culpability
Author	樋口, 亮介(Higuchi, Ryosuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.40 (2018. 2) ,p.177- 213
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	原田國男教授・三上威彦教授・六車明教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180222-0177">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180222-0177</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 不遇な生育歴と責任非難

樋 口 亮 介

はじめに

1. 本稿の検討課題
2. 検討順序
- 一 日本法の状況
  1. 従来の議論
  2. 量刑理論に基づく裁判例の分類
  3. 検討を深めるための素材の選択
- 二 アメリカの議論状況
  1. 量刑実務の状況
  2. 理論的検討を行う学説の紹介
- 三 不遇な生育歴が責任非難に与える影響
  1. 応報理念の基礎に遡った基礎づけ
  2. 具体的な考慮方法
  3. 死刑選択判断における考慮の必要性

おわりに

はじめに

## 1. 本稿の検討課題

被告人が幼少期に身体的・性的虐待を受けていたとか、義務教育を受けさせてもらえなかったといった不遇な生育歴を有する場合、それが量刑にいかなる影響を与えるかという問題がある。

この点、人格形成責任を問題にする立場<sup>1)</sup> からすれば、本人の責任のない生育歴は責任非難を減じる理由になるであろう<sup>2)</sup>。一方、「行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されること

となる」と判示した最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁を踏まえると、生育歴は犯罪行為それ自体とはいがたいため、責任非難に影響しないとの帰結が導かれるようにも思われる。

人格形成責任については、人格形成過程のどの部分に責任があるかの判断は困難であり、事実上不可能との批判が向けられており<sup>3)</sup>、筆者も支持しえないと考えている。しかし、行為責任論を前提としても、不遇な生育歴という負因の存在が、全く責任非難に影響しないと断じることにはなお躊躇も感じられるのではなかろうか。

本稿では、不遇な生育歴が責任非難に影響しうることの理論的基礎づけを行った上で、具体的な考慮方法を提示することにしたい。

## 2. 検討順序

一では、日本法の議論状況を確認し、裁判例を量刑理論の視点から分類する。二では、検討を深めるための素材として、不遇な生育歴に関するアメリカの実務と理論を紹介する。三では、不遇な生育歴が責任非難を減弱させうることの理論的基礎づけと具体的な考慮方法の提示を試みる。

- 
- 1) 人格形成責任に関する基本理解として、団藤重光「人格責任の理論」法哲学四季報第2号（1949年）100頁。近時のわかりやすい講演録として、大塚仁『講演 私の刑法学－人格的刑法学の確立』（2015年）。
  - 2) 大谷実・宮沢浩一「永山事件最高裁判決と死刑制度」法学セミナー345号（1983年）19頁〔大谷発言〕参照。さらに、青木孝之「裁判員裁判初の少年に対する死刑判決」駿河台法学25巻2号（2012年）33頁（同『刑事司法改革と裁判員制度』（2013年）所収）。
  - 3) 例えは、森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」ホセ・ヨンパルト他編『法の理論8』（1987年）63頁。

## 一 日本法の状況

### 1. 従来の議論

#### (1)不遇な生育歴と責任非難の関係

死刑選択判断に関する裁判例についての先行研究によれば、生育歴の考慮される度合いは大きくないものの、考慮要素の1つではあると分析されている<sup>4)</sup>。このように、度合いは大きくないとしても、生育歴が量刑に影響しうる以上、その理論的説明が問題となる。

この点、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(2012年) 72頁は、不遇な生育歴が責任非難の程度に影響する場合として、「①不遇な生い立ちが精神的成長や人格形成を阻害して順法精神や規範意識の涵養が十分になされず、それが犯罪への反対動機形成を阻害した場合、②被告人が少年や若年の成人で、幼少期から被害者に虐待を受けていたことが犯罪の動機となっているような場合などが考えられる」と論じられており、責任非難という観点から、不遇な生育歴の理論的位置づけが図られている<sup>5)</sup>。

しかし、②についていえば、その議論自体は正当であるものの、被害者が虐待の加害者であるという落ち度に重点が置かれており、不遇な生育歴を正面か

4) 詳細な実証調査を踏まえた分析として、永田憲史『死刑選択基準の研究』(2010年) 24、47、177頁(簡潔かつ明瞭な説明として、さらに、同「死刑選択基準」龍谷法学47卷4号(2015年) 129頁)。児童虐待型の殺人に対する量刑について、西田眞基／小倉哲浩／中川綾子「殺人罪」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 第5巻』(2013年) 33頁及び、そこで引用されている大阪地判平成18年3月28日LEX/DB 28115220も参照。

ただし、不遇な生育歴を直接に論じたものではないが、近時の死刑選択が問題になった裁判例において、城下裕二「裁判員裁判における死刑選択基準」上石圭一他編『現代日本の法過程〔宮澤節生先生古稀記念〕 下巻』(2017年) 135頁は、一般情状が機能不全になっていると指摘する。さらに、渡邊一弘「裁判員制度の施行と死刑の適用基準」町野朔他編『刑法・刑事政策と福祉 岩井宜子先生古稀祝賀論文集』(2011年) 479、485頁の統計解析によると、不遇を考慮した裁判例においては影響は大きくないものの、死刑選択方向に働いている。

5) ①について同様の説明を行うものとして、米山正明「被告人の属性と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第3巻 一般情状等に関する諸問題』(2011年) 137頁。

ら論じたものとは言い難い。

また、①についていえば、反対動機の形成が阻害されるといつても、累犯前科者や常習犯のように規範意識が低く、反対動機が形成されない者に対しては重い処罰がなされているのが現状である<sup>6)</sup>。そうすると、不遇な生い立ちが人格形成を阻害した場合に有利に扱われる理由こそが問題になるところ、その点にまで検討は及んでおらず、いかなる意味で生育歴と責任非難が関係するかは明らかではない。

## (2)規範的責任論との関係

我が国では、規範的責任論が一般に支持されている。そうすると、不遇な生育歴が責任非難に影響するかを考える場合にも、規範的責任論からいかなる帰結が導かれるかが問題となる。

### (a)前提：国家標準説

規範的責任論の導入と定着をもたらした佐伯千仞は、適法行為の期待可能性の判断基準として、行為者標準説を採用すると一切の責任非難が不可能になると指摘する。そして、平均人基準説といつても、一般的な常識や人情が標準となるのではなく、一般的な常識や人情が法律によりどの程度まで認容されているかが問われると論じており<sup>7)</sup>、この見解は国家標準説と呼称されている。

期待可能性の判断基準について、行為者個人を標準にする場合、その行為者にとっては犯罪を行うことは避けられなかったとして免責される範囲があまりに拡がり過ぎる<sup>8)</sup>。したがって、国家標準説に立脚し、行為者にとっては他行為が可能でなくとも責任非難を行うと考えることは、刑罰実践に必須の要請というべきである<sup>9)</sup>。

6)拙稿「行為責任論を基礎にした前科の位置づけ」高橋則夫他編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』(2017年)189、191頁。

7)平明な整理として、佐伯千仞『四訂 刑法講義（総論）』(1981年)290頁。

8)一般的な指摘であるが、例えば、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016年)270頁。

### (b)不遇な生育歴の位置づけ

規範的責任論の国家標準説を前提にした場合、被告人自身が法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を欠如させていることは捨象され、国家が期待する程度の法秩序遵守の精神が仮定される。もっとも、刑法規範の遵守要求が過酷なものであってはならないという要請から、適法行為の選択が困難になるような外部からの強制状況が存在しないこと、及び状況を認知して判断し、行動に移すという一定の精神能力が要求される<sup>10)</sup>。

この理解を踏まえて、本稿の関心対象である不遇な生育歴についてみると、不遇な生育歴という負因に基づく犯行に免責を認めるという極端な立場は主張されていない以上、不遇な生育歴があっても刑法規範の遵守要求が過酷との評価を受けることはない、との立場が暗黙の前提となっているといえる。

問題は、免責を否定することを越えて、量刑上の有利斟酌まで否定するか、量刑上の有利斟酌は認めるかである。

この点、犯行時点で強制状況がなく、状況を認知・判断して行動に移す能力がある限り、法秩序を遵守する精神を仮定すれば規範遵守要求が困難と評価されることはないとして、いかなる生育歴であっても全面的に責任非難をなしうると考える立場も成り立つ。一方、国家標準説に立脚するとしても生育歴の不遇さを完全に捨象することは行き過ぎであって、法秩序を遵守する精神の持ち主でも生育過程に負因があれば刑法規範の遵守がやや困難になることは認めて責任非難の減弱を認めるとの立場も成り立つであろう。

規範的責任論の国家標準説からは、どこまで行為者の犯行時点以前の事情を前提とし、どこまで規範的な仮定を認めるかについて結論が導かれるわけではない、とみるべきであろう。

9) これに対して、本庄武「被害体験が刑事责任に及ぼす効果について」一橋法学2巻1号（2003年）103頁は、行為者標準説を維持すべきと論じる。行為者標準説に立つ場合、不遇な生育歴の考慮は可能にならうが、不遇な生育歴に影響された多くの犯人が免責されてしまうという問題は回避しえないように思われる。

10) 佐伯・前掲注7・227頁。

## 2. 量刑理論に基づく裁判例の分類

責任非難の理論面からの基礎づけは十分に進んでいないことを踏まえ、不遇な生育歴が量刑において占める位置づけを解明するとの問題関心から、裁判例の分析を行った。分析の素材としては、不遇な生育歴がしばしば主張されるという点から、死刑選択判断が問題になった事案を選択した<sup>11)</sup>。

調査結果を量刑理論の観点から分類すると、裁判例は、①更生可能性や精神的未熟さといった量刑事情を推認させる事情の1つと位置づけるもの、②犯罪性の形成過程における責任度合いを指摘するものに分けることができる<sup>12)</sup>。

### (1)推認事情としての生育歴

#### (a)改善可能性の存在を推認させる一事情

福岡高判平成24年2月16日LLI L06720076は、無期懲役を選択した1審を支持するにあたり、裁判時26歳の被告人に有利な事情として、「被告人の資質や生育歴、人格傾向に照らしても、被告人にはまだ更生する可能性が残されていると解する余地がある」ことを挙げる。そして、生育歴について、「被告人の生育歴の特徴として、幼少期に父親と離別して父親モデルを体験せずに生育したこと、母親との基本的信頼感が醸成されていないこと、20歳のとき自立

11) 死刑選択が問題になっていない事案についても同様の調査・分析が必要であるものの、調査時間を確保できなかった。新たな調査の機会を俟ちたい。

12) ただし、死刑を選択しつつ、特に理由を示さないまま、生育歴を有利に斟酌すべき一事情として挙げる裁判例も少なくない。

例えば、大阪高判平成22年10月15日LEX/DB25464336（1審の死刑選択を支持。小、中学生時に同級生から吃音をからかわれたり、いじめを受けるなどしたという生育歴は有利事情）、宮崎地判平成15年1月24日LEX/DB28085372（死刑選択。小学2年から4年間特殊学級で教育を受けたことや、両親の離婚、再婚といった複雑な家庭環境等により、家庭内でのしつけや社会規範の適切な指導がないまま育てられた養育環境の不適切さは有利事情）及び同事件の上告審である最判平成19年7月5日集刑292号9頁（1審・控訴審の死刑選択支持）、名古屋地判平成14年2月21日判タ1101号292頁（死刑選択。少年時代に継続的にいじめを受けたこと、実父からの愛情に恵まれなかつたことなど同情すべき面は有利事情）、最判平成10年4月23日判タ972号151頁（1審・控訴審の死刑選択支持）、最判平成2年4月3日集刑254号341頁（1審を破棄して死刑を選択した控訴審を支持）。

を求められ単身生活を余儀なくされたものの経済的な面で行き詰まり挫折したこと」を挙げている<sup>13)</sup>。

この判断は、改善可能性が死刑回避方向に働く情状であることを前提に、生育歴から改善可能性を推認するものといえる<sup>14)</sup>。

#### (b)精神的未熟さを推認させる一事情

永山事件第2審（東京高判昭和56年8月21日刑集37巻6号733頁）においては、被告人永山則夫の不遇な生育歴から永山の精神的成熟度は実質的に18歳未満であるとして、死刑を禁じる少年法51条の趣旨を援用して1審の死刑判断を破棄して無期懲役を言渡している。

これに対して、第1次上告審（最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁）は、兄弟が立派に成人していること、犯行時点で19歳3か月ないし9か月であったこと、犯行動機と態様から伺われる犯罪性の根深さからみて永山の精神的成熟度が18歳未満と同視しうることは困難と判示している。

### (2)犯罪性の形成過程における責任の程度

#### (a)犯罪性の形成過程への影響の有利斟酌

犯行時点における法益や法秩序を軽視する人格態度（犯罪性）の形成過程に対して、不遇な生育歴が影響している場合、有利に作用することを認める裁判例が見受けられる。

例えば、東京高判昭和63年6月28日判タ670号248頁は、殺人前科がある者<sup>15)</sup>による類似の殺人について死刑を回避した1審判断を支持するにあたって、「被告人の兄の一人に妻を殺して服役した前科を有する者があり、他の一

13) 生育歴以外に、資質として、正常下限レベルの知能と妄想性パーソナリティ障害が挙げられている。

14) これに対して、人格形成過程に被告人の責めに帰せない要因があるにしても、自ら選択した暴力団加入が最も大きい要因として、反社会性の除去が困難とするものとして、鹿児島地判平成16年6月18日LEX/DB28105098（死刑選択）。

人の兄が妻とうまく行かず鉄道自殺を遂げていることなどからすると、被告人の生育した家庭環境にも被告人の人格形成に影響を及ぼしたかなりうつ屈した問題があつたのではないかとも思料されるのであり、こうした被告人の生立ち、家庭環境に、必ずしも被告人のみにその責を帰しれない、そして被告人が人間的な情操、社会性を身につけえなかつた負因があり、それが本件の遠因の一つともなつているようにも思われる」と判示している。

(b)有利斟酌の減殺

不遇な生育歴が被告人に有利に作用することを認めつつも、有利斟酌を減殺する事由を指摘する裁判例が少なからず見受けられる<sup>16)</sup>。

①被告人自身に関わる事由として挙げられているのが、不遇であった時点と犯行時点の時間経過が見受けられること<sup>17)</sup>、家庭や職業などの良好な環境を得たこと<sup>18)</sup>、刑事司法による矯正を受けたことである<sup>19)</sup>。また、これらの事由を並列的に指摘する裁判例も見受けられる<sup>20)</sup>。

---

15) 被告人の年齢の具体的な摘示はなされていない。1審（横浜地判昭和62年9月17日判時1249号142頁）においては、昭和30年3月に中学卒業とされており、昭和61年11月の犯行時点では45歳位と推察される。

16) 永山事件第1次上告審以前においては、生育歴による負荷を減殺する事情を挙げつつも、なお生育歴を有利に斟酌すべきとすると判示する裁判例も見受けられる。例えば、大阪高判昭和57年9月29日判タ486号172頁（1審の死刑を破棄して無期選択。生後間もなく父と死別して3歳のころ母にも見捨てられ養護施設や教護院で愛情不満。更生の機会がありながら努力を尽くすことのなかった点は非難されなければならないが、出発点における大いなる負担を過小評価するのは公平でない）、大阪高判昭和56年3月25日判タ443号154頁（1審の死刑を破棄して無期選択。小児麻痺による跛行という身体障害が人格に影響した可能性あり。両親の養育、就職に問題なく、犯行時点で40歳という事情を挙げつつも、同情すべき事情）。

17) 東京地判平成23年3月24日LEX/DB25472460（死刑選択。幼少期に母親から虐待とも評価され得る不適切な養育の影響から他者との共感性に乏しく強い信頼関係を築くことができない人格の歪み。しかし、犯行時点で25歳を過ぎ、進学・就職に親の影響なく、高校卒業後は親と離れて生活。酌むべき程度は限定的で、刑事責任を大きく減じさせるものと評価できない）。

②被告人以外に関わる事由として、不遇な生育歴を有する人物が犯罪を行っていないことを指摘する裁判例が存在する<sup>21)</sup>。兄弟が真っ当に成人していることを挙げることで、不遇な生育歴の有利作用を低く見積もる裁判例も見受けられる<sup>22)</sup>。

### (3)分析

①更生可能性や精神的未熟さといった量刑に影響する事情を推認するための一事情として生育歴を掲げる場合<sup>23)</sup>、結論を分けるのは、改善可能性や精神的未熟さがいかなる意味で量刑に影響し、それはどの程度の重みを持つかという点である。この場合、生育歴は量刑事情として固有の意味を持たないことになる。

これに対して、②被告人の犯行に現れた犯罪性について、不遇な生育歴によって形成されたことを理由に有利斟酌すること、さらに、時間の経過・良好

- 
- 18) 千葉地判平成23年6月30日LEX/DB25471822（死刑選択。少年期には家庭で父親の暴力、教護院では不良仲間に囲まれて犯罪性行に影響。しかし、結婚・子供に恵まれ、定職についた時期があり、犯行時点で48歳に鑑みて、責任を殊更減じる段階にないとして、更生可能性を乏しいと評価）。
- 19) 福岡高判平成3年3月26日判時1387号145頁（1審の死刑選択支持。劣悪な環境とてんかんの罹患から反社会性を助長。しかし、2度の少年院送致など自己をみつめ直す機会がありながら暴力団に加入などして不良性交を強めており、大きく斟酌すべきものとは認めがたい）。
- 20) 福岡高裁宮崎支判平成16年3月22日LEX/DB28095491（1審の死刑選択支持。不遇な境遇が能力や資質の発達に影響。しかし、保護観察処分や4度の服役で改善更生の機会があり、犯行時点既に33歳であったから、生育歴の不遇な面は特段に有利な情状ではない）。
- 21) 福岡高判昭和58年3月17日判タ501号241頁（無期刑を選択した原審を破棄して死刑選択。先天的素質、生育歴及び劣悪な境遇などが爆発性異常人格にかなり影響していることには同情できる。しかし、そのような不遇な事情があるからといって、犯罪傾向の強い人格形成がなされるとは限らない）。
- 22) 福岡地裁小倉支判平成5年10月27日判時1511号171頁（死刑選択。早幼児期脳障害と恵まれない家庭環境による精神病質について同情に値する。しかし、兄弟は真っ当に成人しており、生育環境の不遇を被告人のため大きく評価できない）。
- 23) 本庄武「判批」世界830号（2012年）165頁。

な環境の獲得・刑事司法による矯正を理由として有利斟酌が減殺されることを認める場合、生育歴が犯罪性に影響した度合いが量刑を左右することになる<sup>24)</sup>。我が国の実務では自己中心的な動機などから犯行に犯罪性が現れていると看取されると責任非難が大きく加重されている<sup>25)</sup>が、不遇な生育歴が犯罪性形成に影響している場合、その影響の度合いに応じて、責任非難の加重作用が弱められる、ということになろう。

もっとも、何故、このような考え方が認められるかについて理論的な説明はなされていない。不遇な生育歴があっても犯罪を行わない人物がいるとの指摘もなされていることに鑑みても、なぜ責任非難が減じられるかについて立入った理論的検討が必要である。

### 3. 検討を深めるための素材の選択

以上のように、我が国では、不遇な生育歴が責任非難に影響するかについて理論的検討はあまりなされておらず、実務判断に対して理論的基盤を十分に提供できていない。

これに対して、アメリカにおいては、不遇な生育歴と責任非難の関係について、実務的にも理論的にも議論の蓄積がある。

アメリカでは、死刑選択の判断にあたって、不遇な生育歴を考慮すべきとの連邦最高裁判例があり、また、非死刑事件について、生育歴の考慮を認めない量刑ガイドライン 5H1.12 を踏まえつつも、被虐待経験を量刑で有利に斟酌する裁判例がある。さらに、学説において、生育歴が責任非難に与える影響について議論が培われている。

こういったアメリカの動きについては、本庄武が 2003 年に被害体験が刑事

24) 同様の解釈はオーストリア刑法 34 条 1 項 1 号第 4 文の解釈としてもなされている (Birklbauer, Schmidhuber, Salzburger Kommentar-StGB 32. Lfg 2015, § 34 Rz. 31)。本規定の紹介として、小池信太郎「オーストリア刑法における責任能力と量刑」慶應法学 37 号 (2017 年) 362 頁。

25) 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 卷』(2011 年) 12 頁。

責任に及ぼす影響という視点で包括的かつ的確な紹介を行っている<sup>26)</sup>が、その後も関連するテーマでシンポジウムが開催されるなど<sup>27)</sup>、アメリカにおいては議論が継続している。

そこで、二においては、アメリカの実務及び学説の紹介を行い、そこから得られる示唆を整理する。

## 二 アメリカの議論状況

以下では、まず、量刑実務の状況について、死刑選択が問題となる場合と死刑選択が問題にならない場合に分けて紹介する。その後、学説による理論的な議論を紹介する。

### 1. 量刑実務の状況

#### (1) 死刑選択の判断

##### (a) 不遇な生育歴の考慮義務

死刑選択が争われる事件において<sup>28)</sup>、量刑実体法として、不遇な生育歴を考慮する義務があることを示したのが、*Eddings v. Oklahoma* 455 U.S. 104 (1982) である。事案は、16歳の少年であった被告人 Eddings が車で友人らと家出中、ハイウェーパトロール職員に止まるように指示された際に、当該職員を射殺し

---

26) 本庄・前掲注 9・89 頁。

27) Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review の 2 卷 1 号 (2011 年) において、代表的論者である Delgado の他、Luna, Robinson, Taslitz, Harris, Morse の論稿が掲載されている。

また、筆者が調査を及ぼした限りでは、P. Litton, The “Abuse Excuse” in Capital Sentencing Trials: Is it relevant to Responsibility, Punishment, or Neither?, 42 Am. Crim. L. Rev. 1027 (2005) が手際よく議論をまとめた上で、理論的考察にまで立ち入っているように思われた。本稿は Litton の議論に負うところが大きい。

28) アメリカにおける死刑に関する憲法判断の展開については、榎透「アメリカ合衆国連邦最高裁判所における死刑をめぐる憲法判断：裁判例の展開」専修法学論集 120 卷 (2014 年) 165 頁。諸判例の翻訳と紹介については、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向 V』(2016 年) が一書にまとまっており便利である。

たというものである。

Powell 判事による法廷意見は、犯行時 16 歳の被告人について、荒れた家庭環境、厳格な父親による殴打、重大な情緒障害という証拠には特段の関連性が認められる、と判示し、これらの軽減事情の考慮を行わなかった州裁判所の判断を破棄・差戻しにしている。

#### (b)手続法による担保

不遇な生育歴を量刑上の軽減事情として考慮する義務は、量刑実体法上のものである。この量刑実体法の義務は、手続法による担保がなされている。

その一例として挙げられるのが、Wiggins v. Smith, 539 U. S. 510 (2003) である。本件においては、被告人の生育歴に対する調査が一般的な職業水準に満たず、その結果、被告人に不利益を生じさせた場合には、効果的な弁護を受ける権利を害したとして修正 6 条違反になるとの判断を示している。

O'Connor 判事による法廷意見は、Wiggins がアルコール中毒の母親に虐待され、その後、里親によっても身体的・性的虐待を受けていたという生育歴が、道徳的非難可能性に関わるとの判断を示した上で、被告人の生育歴に気づいた弁護人に職業的能力があれば、量刑の際に証拠を提出したであろうと判示している (539 U. S. 535) <sup>29)</sup>。

### (2)連邦管轄の非死刑事件

#### (a)連邦量刑ガイドラインの規定

##### (i) 生育歴の考慮禁止規定の存在

連邦管轄の非死刑事件については連邦量刑ガイドラインが適用される<sup>30)</sup>。量刑ガイドラインにおいては、犯罪等級と犯罪歴から刑期が定められるが、第

29) 他にも、陪審に対する説示方法が被虐待経験の考慮に不適切であれば違憲となると判断を示したものとして、Penry v. Lynaugh 492 U.S. 300 (1989) が挙げられる。

ただし、Penry 事件が知的障害者に対して一律に死刑を禁止しなくても合憲であると判示した点については、その後、判例変更がなされている（紹介については、前掲注 28）。

5章において、算出された刑期から逸脱（departure）することを認める規定、及び逸脱を禁止する規定が定められている。また、量刑ガイドラインに根拠規定がなくても、連邦法上の量刑の目的規定に遡ってガイドラインと異なる量刑を行うことも可能であり、これは離反（variance）と呼称される<sup>31)</sup>。

本稿が関心の対象とする被告人の生育歴に関係を有するのは、5H1.12である。そこでは「若年時の指導の欠如その他の養育の不適切さを示す事情は、逸脱を正当化するかの判断に関連性を有しない」として、逸脱の禁止が定められている。この規定を根拠として、不遇な生育歴は量刑に意味を持ちえないと解されている<sup>32)</sup>。

#### （ii）ガイドラインに対する批判

量刑ガイドラインによって虐待の考慮が制約されている点に対しては批判がなされている<sup>33)</sup>。例えば、Perlinは、ガイドラインは児童虐待を克服せずに誘惑に負けたことを非難していると指摘する。そして、このような非難は、性格の弱さや問題解決の貧弱さという被告人の問題に帰すことで、精神に障害を抱える被告人に対して裁判所が不寛容であることを反映したものである、と批判している<sup>34)</sup>。

しかし、生育歴の考慮を禁止する5H1.12の規定に変更はなく、被虐待経験の考慮を認めるべきとの批判に現在のところ応えていない。

30) 多くの犯罪、特に暴力犯罪は州の管轄であり、死刑選択が問題になる事案との対比という観点からみても、本来は州の量刑ガイドラインも視野に収める必要がある。しかし、残念ながら、本稿執筆時点において、調査のための時間を確保できなかった。

31) ガイドライン内の規定に依拠した逸脱と、ガイドラインに根拠規定のない離反の概要については、The Office of General Counsel, U.S. Sentencing Commission, Primer on Departures and Variances (2016)。

32) 5H1.12が1992年改正によって導入された過程を紹介しつつ、批判的検討を行うものとして、J. Shuttleworth, Childhood Abuse as a Mitigating Factor in Federal Sentencing: the Ninth Circuit Versus the United States Sentencing Commission, 46 Vand. L. Rev. (1993) 1345, 1351。

33) 元判事による批判として、N. Gertner, Criminal justice reform, Drexel L. Rev. (2016) 264。

34) M. Perlin, I Expected it to Happen / I Knew He'd Lost Control: The Impact of PTSD on Criminal Sentencing after the Promulgation of DSM-5, 2015 Utah L. Rev. (2015) 908.

### (b) 生育歴の考慮を認める裁判例

量刑ガイドライン 5H1.12 は生育歴の考慮による逸脱を禁止しているものの、裁判例においては、① 5H1.3 「精神及び感情の状態が、それ自体又はその他の犯人の性質と合わせてみると、通常でない程度であり、ガイドラインが扱う典型例とは異なる場合、逸脱が正当化されるかの判断に意味を持ちうる」という精神及び感情の状態を理由とした逸脱を認める規定<sup>35)</sup> の適用、又は、② ガイドライン上の根拠規定のない離反によって、不遇な生育歴を量刑上の有利な事情として考慮するものがある<sup>36)</sup>。

すなわち、死刑事件とは異なり、連邦量刑ガイドライン適用事件においては、不遇な生育歴を考慮しないのが原則となっているものの、例外的事態においてはなお有利斟酌の余地が残されている。

以下では、精神及び感情の状態を根拠に逸脱を一般論として認める裁判例と、ガイドラインの根拠規定のない離反を現に認めた裁判例を紹介する。

#### (i) 5H1.3（精神及び感情の状態による逸脱）を適用する裁判例

薬物取引の共謀に関与した被告人 Estrema に対する量刑について、United States v. Rivera, 192 F. 3d 81 (2nd Cir. 1999) は、5H1.12（生育歴の考慮禁止）の規定にもかかわらず、①異常な児童虐待が、②犯行につながる精神及び感情状態を引き起こした場合に、5H1.3（精神及び感情の状態による逸脱）が適用可能と判示している<sup>37)</sup>。ただし、①虐待の異常性については、多くの犯罪者は虐待を受けていることを理由として、極端な水準にあることが必要とし、家族間の強姦で出生し、児童施設で育てられ、8歳で義父は殺害され、何度も殴打されて手を焼かれるという体罰を受けたという事情では 5H1.3（精神及び感情の状態による逸脱）の適用対象にならないと結論づけている。

35) 2010 年改正以前には、「通常は意味を持たない」と定められていた。2010 年に精神状態の考慮をより広く認める方向に 5H1.3 が改正された点については、A. Baron-Evans & T. Hillier, The Commission's Legislative Agenda to Restore Mandatory Guidelines, Federal Sentencing Reporter Vol. 25 No.5 (2013) 295。

36) The Office of General Counsel, *supra* fn. 31, p. 14 fn. 71.

37) 192 F. 3d 84, 84.

Rivera 判決で提示された、①虐待の異常性を肯定しつつも、②虐待に起因する精神又は感情状態であることを否定したのが、United States v. Brady, 417 F. 3d 326 (2nd Cir. 2004) である。本件では、被告人 Brady は 1965 年に出生した時から両親に虐待を受けており、里親に引き取られてからも義母から身体的虐待を受け、さらに 11 歳から 14 歳まで他の家族から性的虐待を受けていたことから、①虐待の異常性が肯定された。しかし、② 2001 年に Schneider が計画した銀行詐欺の共謀に Brady が加担した際に、虐待に起因して犯行に至るような精神又は感情状態であったかが認定できないと判示している。

このように、5H1.3（精神及び感情の状態による逸脱）の適用にあたっては、①虐待の異常性、及び、②当該虐待がもたらした精神及び感情状態が犯行につながっていることが要求されており、特に、①虐待の異常性は簡単には認められないのが実際である。

#### （ii）ガイドラインからの離反を認める裁判例

根拠規定なくガイドラインからの離反を認めた裁判例として、United States v. McBride, 511 F.3d 1293 (11th Cir. 2007) が挙げられる。

本件においては、児童ポルノ受領・頒布罪の犯人について、ガイドライン上は 151 – 188 月で量刑がなされることになるものの、2 歳で父親が殺害され、叔父と母親から身体的虐待を受け、祖父と暮らし始めてからは 12 歳になるまで性的虐待を受けており、その後は里子に出されていたという事案において、84 月の実刑と 10 年の釈放後の監督を命じた原審判断が是認されている<sup>38)</sup>。

### （3）日本法に得られる示唆

#### （a）死刑量刑における考慮義務

アメリカの連邦最高裁判例は、死刑量刑にあたって不遇な生育歴は責任非難に関わるものとして、有利に斟酌することが必須と解している。しかも、このような量刑実体法上の考慮の義務づけは、例えば効果的な弁護を受ける権利の

38) 虐待を理由にした軽減について、ある程度は適切であるが、ほぼ 50% もの逸脱は不合理であるとする反対意見が付されている（511 F. 3d 1299）。

一内容になるといった形で手続法的な担保もなされている。

死刑選択判断において、不遇な生育歴が責任非難を減少させると考えられているのか必ずしも明瞭ではない我が国の裁判例と対比すると、アメリカの連邦判例は大きな示唆を与えるものといえる。

(b)不遇な生育歴を量刑で考慮する具体的方法

量刑ガイドラインにおいては、生育歴を理由としたガイドラインからの逸脱を禁止する規定が明文で存在する。裁判例においてはガイドラインからの逸脱や離反が認められるとされているが、これは例外的である。原則として生育歴は考慮されないものの、例外的に考慮される場合として、①多くの犯罪者との比較において異常と評価されるほどの虐待の存在と、②当該虐待が引き起こした精神及び感情状態が犯行につながっていることが要求されている。

我が国では、不遇な生育歴を考慮するとしてもその具体的な方法は必ずしも明瞭ではない。アメリカの実務動向は、①生育歴の不遇さの評価にあたっては、犯罪者一般と比較する、②不遇な生育歴と犯行時点の精神状態のつながりを要求する、という形で具体的な考慮方法を示す点で我が国に示唆を与えるものといえる。

(4)残る問題：理論的考察の必要性

アメリカの実務状況においては、何故、不遇な生育歴が非難可能性に影響するかという理論面に立ち入った検討はなされていない。したがって、不遇な生育歴が非難可能性に影響する理論的根拠については、アメリカの学説を参照する必要がある。

## 2. 理論的検討を行う学説の紹介

アメリカの学説においては、生育歴に犯罪の原因があるというだけでは免責理由にならないとの理論的考察を行う論者が多い。そして、不遇な生育歴を理由として免責ないし責任非難の軽減を主張する論者らは、応報理念を基礎に置きつつ、刑罰の正当化根拠にまで遡るアプローチを採用している。

以下では、これらの議論について紹介した上で<sup>39)</sup>、日本法にもたらされる視点を整理する。

### (1) 生育歴に原因があるとの議論に対する批判

アメリカにおいては、不遇な生育歴に原因があり、その原因を行為者がコントロールできない以上、行為者を非難しえないのでないかとの素朴な説明を行う論者も存在する<sup>40)</sup>。しかし、この説明に対して、アメリカの学説では批判が強く、支持されていない。

批判する論者は、具体例として女性に比して男性は一般に犯罪率が高く、被告人が男性に生まれていなければ犯行はなかったといえる場合であっても免責がされることを挙げつつ、犯罪の原因が行為者にコントロール不可能な何かに求められるとしても非難は成立することを指摘している<sup>41)</sup>。

---

39) アメリカにおいては、本文で紹介する2点以外にも多岐にわたる議論がなされている。

例えは、責任無能力を論じる議論として、United States v. Alexander 471 F. 2d 923 (1973) のBazelon判事の議論も著名である (Bazelon判事自身による責任能力論の概観として、D. Bazelon, The Morality of the Criminal Law, 49 S. Cal. L. Rev. (1975) 385)。しかし、Bazelon判事の議論は、責任無能力を肯定する範囲を極端に広くしない限り、成り立たないものであって、本庄・前掲注9・98頁以下の的確な紹介に付け加えるものはないため割愛する。

また、腐敗した社会的背景を理由とした免責を論じたことで著名な R. Delgado, Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation, 3 Law & Inequality (1985) pp. 75, 76 は、腐敗した社会的背景による極端な欠乏に起因して自動的に行動してしまう場合には任意性を欠く、支配的な文化から隔離されることで規範を身に着ける機会が欠如している場合には免責すべき、といった議論も提示している。これらの議論に対する詳細な批判について、S. Morse, Deprivation and Desert, in W. Heffernan & J. Kleinig (ed.) From Social Justice to Criminal Justice (2000) pp. 141, 145。

40) P. Crocker, Childhood Abuse and Adult Murder: Implications for the Death Penalty, 77 N.C. Rev. 1155 (1999).

41) Morse, supra fn. 39 p. 140, Litton, supra fn. 27 pp. 1047-1049, P. Robinson, Are We Responsible for Who We Are ? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and "Rotten Social Background", 2 Ala. C. R. & C. L. L. Rev. 59 (2011).

## (2)刑罰の正当化根拠に遡った議論

不遇な生育歴が免責という帰結を導くとか、量刑で有利斟酌されるといった主張について、刑罰の正当化根拠にまで遡って基礎づける論者らの主張は、①刑罰の正当化根拠をどこに求めるかに応じて、②生育歴を理由とする免責なし量刑での有利斟酌を基礎づける根拠も変わってくる<sup>42)</sup>。

刑罰が何故、正当化されるかは論者ごとにその議論を異にするため複雑になるが、生育歴を理由とした免責なし量刑での有利斟酌に関する議論を理解するためには必要な範囲で紹介を行う。

### (a)①共同体の正義感覚との合致・②強制的な価値観の変容

Robinson は、①刑法が社会的・規範的影響力を保持するには、共同体から道徳的に信頼されていることが必要であるとして、共同体で共有されている正義感覚と刑法の合致が重要であるとする<sup>43)</sup>。②その上で、共同体の正義感覚を知るという見地から、戦時に捕虜となった者が洗脳を受けて捕らえた国のために宣伝活動を行ったというケースについて、どの程度の量刑がふさわしいかというアンケートを行っている。アンケート結果として、58%が免責とし、量刑の平均値は3.6日に過ぎないとデータを示すことで<sup>44)</sup>、価値観の強制的変容は免責に値すると論じる<sup>45)</sup>。

この議論を前提に、Frog という人物から性的虐待を受けた児童が17歳になり、Frog が他の児童を誘拐して性的虐待を加えることに協力したというケー

---

42) 不遇な生育歴をめぐる議論が複数の観点からなされているのは、英米法圏において応報概念が多彩に理解されていることの現れ、と思われる。議論の紹介として、高橋直哉「応報概念の多様性」川端博他編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年）33頁以下。

43) Robinson, *supra* fn. 41, pp. 62, 63.

44) Robinson, *supra* fn. 41, p. 68.

45) 具体的には、①本来のものではない価値観への強制を受けたこと、②強力な影響であって、能力と状況に鑑みると、その影響への抵抗を期待しえなかしたこと、③強制された価値観が犯罪行為を求めたこと、④強制された価値観がなければ犯行はなかつたであろうことが免責の要件と論じている（p. 69）。

スについて、どの程度の量刑がふさわしいかというアンケートを行い、26%が責任なし、29%が責任はあるが処罰しない、量刑の平均値は10.1日であるとの結果を示すことで、捕虜の事案と同様、価値観の変容を理由とした免責が可能と論じる<sup>46)</sup>。

ただし、現在の自分自身のあり方に対して人は責任を負うとの直観が存在するため、洗脳が通常の人生からみて著しく異常であってはじめて免責は基礎づけられるとする<sup>47)</sup>。

(b)①不正に有利な地位の剥奪・②有意義につながった社会という前提の欠落

不遇な生育歴を直接の議論の対象にしているわけではないものの、本稿の関心から紹介すべき議論を展開するのがDelgadoである。Delgadoは、貧困などの「腐敗した社会的背景 (rotten social background)」による犯行について、責任非難が減少する理由を論じているが<sup>48)</sup>、ここには不遇な生育歴も包含されるからである。

①社会においては、各自が他者の利益を尊重するために行動を抑制しているにもかかわらず、犯罪者は犯罪によって不正に有利な地位を得ている。刑罰はこの不正な有利分を奪うことで道徳的均衡を回復するものと理解される<sup>49)</sup>。

②お互いの利益を尊重することを保持するために刑罰が正当化されるとの議論においては、お互いが有意義につながり合っている共同体が現に存在することが前提になっている。しかし、この前提が疑われる場合が存在する。社会が排除した者を社会が非難する資格があるかは問題であって、腐敗した社会的背景を有する被告人については応報に基づく非難の基礎が減少するといえる<sup>50)</sup>。

---

46) Robinson, *supra* fn. 41, p. 73.

47) Robinson, *supra* fn. 41, pp. 75, 76.

48) 以下の①②について、Delgado, *supra* fn. 39, pp. 69, 70 (罷の抗弁との類比について、*Ibid.*, p. 77)。

49) 高橋・前掲注42・39頁以下は、フェアプレイ理論と呼称する。

(c) ①刑罰を回避する公正な機会・②道徳教育の欠落

死刑量刑において被虐待経験を責任非難の軽減事由として考慮すべき理由の理論化を試みるのが Litton である。Litton は、①刑罰を回避する公正な機会の付与によって刑法は正当化される<sup>51)</sup>との立場を前提に、②道徳教育によって児童を社会化することは公正な機会の1つであり、ひどい虐待を受けることは道徳教育を失わせるものであり、刑罰を軽減する事由になる、と論じる<sup>52)</sup>。

さらに、Litton は議論を進め、男性は犯罪率が高く、虐待を受けたことも男性であることも犯罪の原因であるという点では異なるとして、何故、道徳教育の欠如とそれ以外の犯罪原因が区別されるのか、という問題を指摘する<sup>53)</sup>。この問題に対する回答として、他者と法を尊重するという実践から利益を得られるという限りにおいて、その実践を我々は受け入れているのであり、虐待を受けた者はその利益を得られていない以上、負担を課すべきでないと考えられる、と論じる<sup>54)</sup>。

この考え方を基礎に、Litton は虐待を受けたことは免責ではなく、やや軽減する作用を及ぼすにとどまると論じた上で、死刑ではなく無期刑を選択する根拠になる、と指摘する<sup>55)</sup>。

---

50) Delgado の議論以前に、Bazelon, *supra* fn. 39, p. 388 は、刑罰が感銘力 (moral force) を帶びるには、行為者に対して社会が非難できるだけの資格が必要と論じている。

我が国において、貧困や差別等のため、不良な生育環境に育った事情は、責任を決定的に軽減するものとして、井田良『講義刑法学・総論』(2008年) 358頁注8 (同361頁注15も参照)。

51) Litton, *supra* fn. 27, p.1062.

52) Litton, *supra* fn. 27, pp.1063, 1064.

53) Litton, *supra* fn. 27, p.1065.

54) Litton, *supra* fn. 27, p.1066.

55) Litton, *supra* fn. 27, pp.1071, 1072.

## (3)アメリカの学説が日本法にもたらす理論的視点

## (a)規範的基礎づけという問題意識

## (i) アメリカにおける議論

アメリカにおいては、本人がコントロールできない原因があれば免責や責任非難の減弱が認められるという素朴な説明に対して、理論的に支持しえないと批判が強い。そして、原因のコントロールができたかとは無関係に、人間は現在の自分自身・その性格に対して責任を取らねばならないとの議論がなされている<sup>56)</sup>。

アメリカでは、この議論を踏まえて、生育歴を有利に斟酌するとの立場は、生育歴に原因があるとの事実レベルの問題ではなく、刑罰の正当化根拠に遡つて規範的に基礎づける必要があるとの問題意識が形成されている。

## (ii) 日本法にもたらされる視点

我が国では、人格形成過程に言及しつつも、兄弟が犯罪を行っていないことや、同様の生育環境でも犯行を行わない人物が多いことを挙げる裁判例が存在する<sup>57)</sup>。こういった裁判例においては、一見、異なる人格を形成した可能性についての事実認定が理由になっているようにも見える。

しかし、仮に、兄弟が犯罪を行っていないという事実を証拠として、被告人自身に現在の人格形成に責任があるとの事実認定を行っているのであれば、単に兄弟の生育環境が同一であったという程度の事情では足りず、どれほどの虐待が行われていたかを兄弟別に認定する必要が生じるし、発達段階に応じて虐待の影響が異なりうることも考慮に入れる必要が生じるが<sup>58)</sup>、そのような事実認定が行われているわけではないであろう。そうすると、問題の本質は事実認定の領域にあるわけではない、ということになる。

56) 前掲注 47 の Robinson の議論の他、Morse, *supra* fn. 39 p. 161。同論文 163 頁においては、人間の社会的相互作用の必然的な性質上、性格から生じる出来事を管理することを習得しなければならないと指摘する。批判的論者からの分析として、Crocker, *supra* fn. 40, p. 1220。

57) 前掲注 21、22。

58) Crocker, *supra* fn. 40, p. 1182.

生育歴が責任非難に影響しうるかという議論の本質は、他の人格を形成しえたかという事実認定の問題ではなく、規範的な基礎づけの問題であることを自覚させる点でアメリカの学説は有益である。

#### (b)不遇な生育歴による責任非難の減弱の理論的基礎づけ

不遇な生育歴が責任非難の減弱をもたらすことを認める立場に参考になるものとして、Robinson、Delgado、Litton の議論を紹介した。

このうち、Robinson の議論は、虐待による価値観の変容に着目する点で、不遇な生育歴の具体的考慮方法を考える際には参考になる。しかし、共同体の正義感覚と刑法の合致を基本的視点として、アンケート調査に基づいて結論を導出するという方法論は、共同体の正義感覚の理論化を断念している点で物足りない。

また、Delgado の議論は、非難する側に非難の資格があるかを問題にする点で、不遇な生育歴による責任非難の減弱に 1 つの視点を提供する。しかし、社会的背景の腐敗という社会問題を理由として責任非難の減少を認める議論は、社会的格差があればそれだけで非難が弱まるとして論じるのであれば、それに飛躍がある。

これに対して、相互の利益を尊重するために刑法が存在するとしつつ、他者を尊重する精神を学習する機会を非難の前提として要求する Litton の議論は、生育過程で学習の機会を持たなかったことを量刑で有利斟酌することを理論的に基礎づける。さらに、Litton は、被虐待経験者は、他者と法を尊重することから利益を得られていないことを指摘して、責任非難の減少を基礎づけており、被虐待経験の有利斟酌を特に取上げるべき理由としても注目すべきものがある。

Litton 自身は死刑量刑において生育歴が責任非難の見地から考慮されることを論文のテーマとして設定している。しかし、刑法の存在意義と不遇な生育歴による責任非難の減少を結びつける Litton の論証プロセスは、量刑全般に妥当するものであって、我が国に大きな示唆を与えるもの、と筆者は考える。

### 三 不遇な生育歴が責任非難に与える影響

ここまで議論を踏まえて、以下では、度合いは大きくないとしても、不遇な生育歴が責任非難の減弱をもたらすとの立場について理論的基礎づけを行った上で、量刑における有利斟酌を認める際の具体的な方法を論じる。

#### 1. 応報理念の基礎に遡った基礎づけ

##### (1) 応報理念の基礎

Litton は、他者と法を尊重するという実践から利益を得られるという限りにおいて、その実践を我々は受け入れていると論じている。この議論は、応報理念の基礎に関わるものであるため、より立入って説明すると、以下のとおりになろう<sup>59)</sup>。

応報とは、悪いことをやれば、それと均衡を保った形で罰を受ける、というものである。もっとも、応報は、盲目的・自己目的的に追求すべき目標というわけではない。応報に基づいて責任非難を行うという営為は、個別事案の処理においては自覚されなくても、長期的にみれば、悪いことをやった分、罰を受けるという応報感覚の維持に貢献し、その結果、社会の構成員の法益を守り、社会秩序の維持につながる点に意義がある。

このような応報理解に立脚する場合、刑法を遵守せよという国家の要求は一方的なものであることは許されない。刑法を遵守することで法益が守られ、社

59) 以下の議論について、シンポジウム「応報の行方」法哲学年報（2015）（2016年）91頁以下における森村進「総括コメント」及び森村が言及する中村隆文『不合理性の哲学——利己的なわれわれはなぜ協調できるのか』（2015年）。包括的検討として、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（2）」慶應法學9号（2008年）29頁以下。

応報感情に含まれる正義感覚が刑罰の基礎にあると論じるものとして、橋本祐子「応報刑と復讐」法哲学年報2015（2016年）16頁、同「刑事司法における「感情」の所在」論究ジュリスト22号（2017年）36頁、小林憲太郎「刑法判例と実務 第1回」判例時報2274号（2016年）6頁。応報感情が進化生物学ないしは進化心理学的に根拠がある点について、高橋直哉「刑罰論の現状と課題」刑事法ジャーナル54号（2017年）10頁。

会秩序が維持されるという利益が各自にも与えられることが必要というべきである。

## (2)不遇な生育歴の理論的位置づけ

刑法の遵守によって法益が守られ、社会秩序が維持されるという利益が各自に与えられるという状態は、法益侵害を受けない状態で各自が生活できていることによって保障されている。何らかの犯罪の被害者になることはあるとしても、不特定の主体から種々の法益侵害を受け続けるといった無秩序状態にはない以上、社会の構成員は刑法の遵守による恩恵を受けているといえるからである。したがって、社会が無秩序状態ないことによって刑法遵守の利益が各自に与えられている限り、責任非難の基礎は確保されているといえる。

もっとも、自身の法益を保護してもらうには他者の法益を尊重し、刑法秩序を遵守する必要があるという精神は、生育過程における学習によって身に着けることが必要である。他人の法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会を持たなかった者については、刑法規範の遵守要求の正当性は減弱する、と考えるべきではなかろうか。とりわけ、Litton が論じるとおり、身体的・性的虐待によって、自身の法益が保護されていないと感じた場合、他人の法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会が失われた度合いは大きいとみて非難の減弱を認めるべきである。

さらに、刑法規範の遵守要求の正当性がより減弱する局面として、他者の法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を身に着ける機会の喪失について国家・社会に落ち度がある場合が挙げられる。この場合、Delgado も指摘するとおり、国家・社会による非難の資格の減少という視点が追加されることで、刑法規範の遵守要求の正当性はより減殺されるといえる<sup>60)</sup>。

## 2. 具体的な考慮方法

1 で論じた理論的基礎からは、量刑において不遇な生育歴を考慮するには、他者の法益を尊重し、刑法秩序を遵守する必要があるという精神を学習する過

程を問題にし、当該学習の阻害要因として、積極的な加害を受けたことや、国家・社会の落ち度が介在している場合にはより有利に斟酌することが基本的発想となる。

以下では、このような発想を現在の量刑理論に組み込み、具体的な考慮方法を示す。

### (1)考慮の枠組み

#### (a)量刑における責任非難の構造

不遇な生育歴を組み込む前提として、量刑における責任非難の構造に対する筆者の理解を示すと以下のとおりである<sup>61)</sup>。

行為責任論からは犯罪行為にふさわしい刑が科される。ふさわしい刑を考える出発点は、犯罪行為にどの程度の責任非難がなされるかである。

犯罪行為に対する責任非難は、法益や規範を軽視する犯罪性がどの程度犯行に現れていたかを積極的に測るという面と、刑法を遵守することが法秩序を遵守する精神を有する平均人であればどの程度困難であったかという消極的な形で測るという面から構成されている。

行為責任論においては、このような積極・消極両面から図られた犯行に対する非難の程度が量刑の基礎をなす。しかし、この非難の程度は犯行時点で固定するわけではなく、犯行後の事情によって左右される。例えば、裁判時点において、自身の犯行に向けられる非難を深く受容していることは非難の鎮静化につながるため、執行猶予の選択が許容されることがある<sup>62)</sup>。逆に、法益や規

60) 国家・社会の非難の資格という視点は、少年法分野に精通する論者によって提示されている。例えば、廣瀬健二「少年責任の研究についての覚書」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(2006年) 626頁。さらに、少年法の健全育成の理念の意義の理解として、他者を尊重する人格の発展によって、通常の社会生活を送れる健全な社会人として成熟させる責務が国家にあるとの議論について、田宮裕・廣瀬健二編『注釈少年法〔第4版〕』(2017年) 33頁。少年の刑事責任について、成長発達権の保障義務を国家が負うことと結びつける理解として、武内謙治『少年法講義』(2015年) 101頁。

61) 拙稿「責任非難の意義」法律時報90巻1号(2017年)。

範を軽視する態度を継続し、自身の犯行に向けられる非難の拒絶を露わにしている場合、どのようにすれば非難を適切に伝達できるかという見地から、刑種の変更や刑量の調整が認められる。

すなわち、責任非難は犯行に対する非難の度合いを基礎にしつつ、犯人がその非難にいかに向き合っているかに応じてある程度変化する、と理解できる。

#### (b)不遇な生育歴の組み込み

犯行時点における法益や規範を軽視する犯罪性が強いとしても、生育歴において法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会を持たなかつたことが当該犯罪性に影響している場合、責任非難を加重する理由が減弱するため、量刑上の有利斟酌が求められる、と考える。

また、裁判時点における自身に向けられる非難の拒絶態度が認められる場合でも、その態度に不遇な生育歴が影響している場合、適切な非難の伝達方法という観点から刑種や刑期を重くするとの判断が減弱するため、量刑上の有利斟酌につながる<sup>63)</sup>。

このような形で、責任非難の基本構造に不遇な生育歴を組み込む場合、①生育歴について、法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会の欠如という見地から不遇さの評価を行った上で、かつ、②不遇との評価を支える事情

---

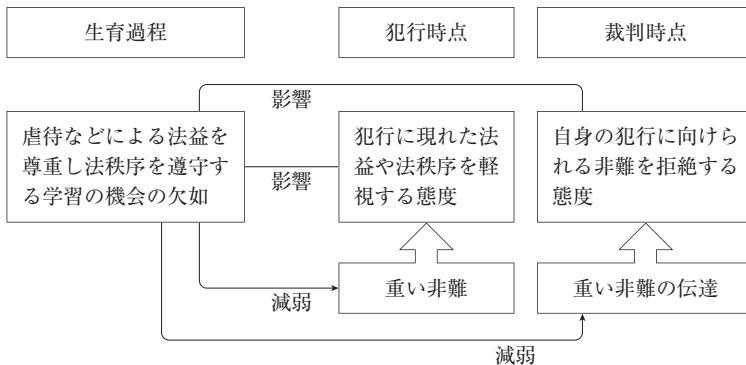
62) 描稿「日本における執行猶予の選択基準」論究ジュリスト 14 号（2015 年）107 頁。

63) 本文の議論は、従来から、少年の刑事責任について論じられている議論に通ずるものである。

例えば、廣瀬・前掲注 60・626 頁は、被害の悲惨さ、被害者の痛みなどを実感させて自己の行為の意味を理解させ、行為の重さを受け止めさせるなど、内面にまで踏み込んで反省・構成を求める処遇を受けることは、罪の償いの一つ、と論じる。また、本庄武『少年に対する刑事処分』（2014 年）43 頁は、将来自ら犯罪を克服し自発的に責任を取るという思考を、成長発達権の保障の要請と結びつける（本庄自身による議論のまとめとして、同『少年に対する量刑』刑法雑誌 56 卷 3 号（2017 年）418 頁）。さらに、沢登佳人「責任の本質と少年の処遇」澤登俊雄／高内寿夫編著『少年法の理念』（2010 年）97 頁以下。

このような罪の受け止めというプロセスを想定することは、不遇な生育歴という負因を負った少年の刑事事件においてよく当てはまる。

量刑の基本構造と不遇な生育歴の関係性のイメージ図



が犯行時点の犯罪性や裁判時点の非難拒絶態度に影響していることが要求される。

①生育歴が不遇であるとの評価を根拠づける事情は、貧困、両親の離婚、親の自殺、虐待など多岐にわたる。これらの事情について、法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会がどの程度失われていたに応じて、不遇さの度合いの評価が異なることになる<sup>64)</sup>。

例えば、虐待を受けたにもかかわらず、加害者は処罰されないと体験を経た結果、公正な処罰に対する信頼を失い、法秩序を遵守する精神の形成が阻害された場合、不遇という評価の度合いは大きくなる。

また、虐待が明白であるにもかかわらず、児童相談所が対応を怠って放置していたとか、いじめについて学校が意図的に隠蔽したといった事情によって、法秩序を遵守する精神の形成が阻害された場合、国家・社会の落ち度が認められる点で不遇という評価の度合いは追加的に強められる。

②不遇な生育歴があるとしても、犯行時点の犯罪性や裁判時点の非難拒絶態度への影響を欠く場合には、責任非難の度合いは左右されない。したがって、他者を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する過程の欠如が、犯罪性を帯び

64) 犯罪性の形成の原因が遺産相続による金銭感覚や生活態度の狂いであることから、有利斟酌を認めないものとして、大阪地裁堺支判平成26年3月10日LEX/DB25503175（死刑選択）。

た人格形成に影響し、当該人格が実際の犯行に表出し、さらには、裁判時点での非難拒絶態度に影響しているという形での関係性が求められる<sup>65)</sup>。

このような影響関係は、虐待を受けた犯人に認められやすいであろう。例えば、幼少期から思春期にかけて継続的に性的虐待を受けていた被告人が、その動機や行為態様に照らして、他者の性的自己決定を軽視するという意味での犯罪性が犯行に現れている性犯罪を遂行し、裁判時点でも非難を拒絶する態度を露わにしている場合、量刑にあたって責任非難の程度を考える際には、被虐待経験が犯罪性や非難の拒絶態度に影響している可能性を念頭に置くべきである<sup>66)</sup>。

以上の検討を図示すると前頁のとおりである。

## (2)不遇さの程度の評価方法

被告人に法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会が失われているため不遇という評価を受ける事情が存在するとしても、多くの犯罪者にも認められる程度の不遇さにとどまる場合、被告人の不遇さを有利斟酌すべきかが問題になる。

この点、二1(2)(b)で紹介したとおり、アメリカの裁判例においては、不遇さを有利斟酌するかについては犯罪者間での比較を行って判断するとの考えが示されている。以下で述べる理由から、この考えは日本法にも妥当する。

65) 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(2012年) 73頁。川崎一夫「判批」創価法学37卷1号(2007年)287頁は、「生育環境が「特に劣悪な」場合には、そのことによって人格形成が歪められ、規範的な判断によって正しい方向へと決定づけられない程度に達していなければ、これを減輕的量刑事情として取り上げることはできないと思われる」と指摘する。

被虐待経験と当該犯行との関係性を認めて有利斟酌を認めた実例の紹介として、舟橋民江「量刑において被告人の被虐待経験を考慮することの意義」子供の虐待とネグレクト Vol.8 No.3 (2006年) 343頁。

66) 永田・前掲注4・187頁。被虐待体験が心身の発達に悪影響を与えることは、児童虐待事案の量刑において認められている(池田直人「児童虐待の処罰に関する考察」東京大学法科大学院ローレビュー12卷(2017年)57頁)。虐待被害者が加害者に転じた場合、被虐待経験から生じた心身の発達への悪影響について同様の判断が可能であろう。

我が国では、主要な量刑事情に着目して量刑傾向を把握した上で、当該量刑傾向を勘案しつつ、最終的な責任刑を決定するというプロセスが採用されている。このプロセスについて、不遇な生育歴の位置づけを考えると、不遇な生育歴が量刑を左右する程度は大きくないと解されるため、主要な量刑事情には属さず、量刑傾向を前提とした最終的な責任刑を決定する段階で考慮される。

この段階においては、量刑傾向は個別の先例の集積で成立していることを踏まえて、量刑傾向の中にどの程度の不遇な生育歴という負因を有する犯罪者が含まれているかという経験的事実を勘案することが求められる<sup>67)</sup>。

同種犯罪を遂行した犯罪者の中には、法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会を十分に持たなかった者が少なくないという経験的事実が認められる場合<sup>68)</sup>、多少、不遇であると評価される程度では、量刑傾向の中から特に低い方の位置づけを選ぶ理由にはならないことになる<sup>69)</sup>。一方、同種事案を行った犯罪者との比較において、生育歴がより不遇と認められる場合、責任非難の減弱の見地から、量刑傾向の中で意識的に低い方の位置づけを選ぶ理

67) 的確な指摘として、野村健太郎「量刑における「基点」概念の意義」愛知学院大学論叢法学研究 58巻1・2号(2017年)258頁。

68) 死刑選択事案における被告人の生育環境の時代に応じた変化を析出するものとして、永田・前掲注4・91、92頁。

69) このような視点からは、愛情や慈が十分でなかったといった事情は、同種事案を遂行する犯人と比較すると有利斟酌されにくいであろう。この視点から理解できる裁判例として、山形地判平成28年6月13日LEX/DB25543100(犯行時17歳の被告人による実子に対する傷害致死について、人格の未熟さとともに、実父から十分な慈や愛情を受けられなかつた不遇な生育歴について、被告人に対する非難の程度を大きく弱めるものとはいえない)と判示して不定期刑3-4年を言い渡し)。

これに対して、岡山地判平成28年2月9日LEX/DB25447908においては、犯行時17歳の被告人による殺人について、不安定で規範意識の育ちにくい家庭環境であり、自殺未遂を起こしても両親等から適切な支援等を受けることができていないことから被告人の資質上の問題を認めつつ、責任を大きく減少させる事情ではないと判示して不定期刑7-12年を言渡しているが、自殺未遂を起こしても適切な支援を受けられないことが同種の殺人犯人と比較して不遇でないか、また、当該経験が生命軽視態度を生み出し、殺人の遂行に至るという影響が認められないかについての検討が行われてもよいように思われる。

由になる。

### (3)有利斟酌の減殺につながる事情

不遇な生育歴があり、その結果として法益を尊重し、法秩序を遵守する精神が身につかなかったとしても、事後的に、法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会を得た場合、弱められた刑法規範の遵守要求の正当性は回復する。

この観点から、一 2(2)(b)で示したように、我が国の裁判例において、不遇であった時点と犯行時点の時間経過、その間に家庭や職業などの良好な環境を得たこと、刑事司法による矯正の機会を理由として、不遇な生育歴の有利斟酌が減殺されていることが理論的に基礎づけられる。

すなわち、不遇な生育歴を有していても、成人して自身の判断で人生を歩み出した場合、法益を尊重し、法秩序の遵守が求められる機会が増加するため、学習の機会が付与されたといえる。したがって、不遇な生育環境を離れてから犯行時点までに経過した時間は、有利斟酌を減殺する事情になる。また、周囲から自身が尊重されるという恵まれた環境を得た場合、自身が尊重される経験は他者を尊重することを学習する機会といえる以上、有利斟酌を減殺する事情になる。

さらに、矯正教育によって法益を尊重し、法秩序を遵守することの重要性について働きかけを受けた場合にも、不遇な生育歴の有利斟酌が減殺されるといえる。ただし、例えば少年院において、矯正の担当者から虐待を受けるといった事情が認められる場合、有利斟酌の減殺は認められない。当該虐待によって、犯罪性が強化された場合、国家の落ち度という視点も追加される点で、有利斟酌の度合いはむしろ増加する、というべきであろう。

## 3. 死刑選択判断における考慮の必要性

不遇な生育歴が犯行時点の法益及び法秩序を軽視する態度や、裁判時点の非難拒絶態度に影響を及ぼしている場合、死刑選択判断における考慮因子として

過度に重視することは認められないとしても、責任非難に影響する事情として考慮対象にすべきである。

### (1)犯行時点の犯罪性との関係

#### (a)犯罪性による非難の加重と不遇な生育歴の影響を理由とする軽減

最判平成28年6月16日集刑320号99頁（石巻事件）は、犯行時18歳7か月の少年に対する死刑の科刑を是認するにあたって、「犯行時18歳7か月の少年であり前科がないとはいえ、上記の動機、態様等を総合すると、本件は被告人の深い犯罪性に根ざした犯行というほかない」と判示している。

人格態度の深い犯罪性が動機や行為態様から推認される場合、行為責任に基づく責任非難の度合いが高まることは確かである<sup>70)</sup>。しかし、ここまで論じてきたとおり、生育過程において不遇と評価される事情が存在し、当該事情が犯罪性の形成に影響している場合、たとえ犯行時点において生命を著しく軽視する人格態度が認められるとしても、責任非難が軽減されうる。

この点、二1(1)で紹介したように、アメリカの最高裁判例において、死刑量刑においては、不遇な生育歴の有利斟酌が憲法上の要請と解されており、それが手続法でも担保されていることは、参考価値が高いように思われる。我が国でも、不遇な生育歴が主張された場合、裁判所は量刑理論に基づいて斟酌の当否について応答すべきであって、判決理由において除外することは許されないというべきである<sup>71)</sup>。

70) ただし、前科がない若年者の犯罪性の推認に慎重であるべき点については、拙稿・前掲注6・202頁。従来の裁判例における慎重な態度に関する的確な分析として、永田・前掲注4・94頁以下。

71) 原田國男「わが国の死刑適用基準について」井田良他編『いま死刑制度を考える』（2014年）81頁は、「最後まで、死刑を回避できないかを徹底的に検討する。その上で、どうしても死刑しかないという結論に達したときに死刑を宣告する」と述べており、その思考過程を量刑理由に記載することが要求される。

(b)石巻事件控訴審のケーススタディー

(i) 控訴審の判示

石巻事件の控訴審（仙台高判平成26年1月31日高検速報平成26年177頁）においては、「被告人は、幼少期に父親が母親と離婚し、小学校入学時ころ、母親は養父と再婚したところ、小学校低学年時から、母親から暴力を受けるようになった上、母親の交際相手である別の男性が母親に暴力を加えるのを目の当たりにしたこともある中で、母親が同男性からの暴力等が原因で入院を余儀なくされるなどしたため、被告人らを養育できない状況に陥り、小学校5年生以降は、祖母に引き取られて生活し、異父妹は児童養護施設に収容されるなどし、母親との交流こそ絶たれていなかったものながら、家族の繋がりが希薄となつた」ことを挙げて、「少年における健全な人格の形成や社会性の獲得に悪影響を与えた面がある」とする。もっとも、「被告人の祖母方における生育環境は、祖母が被告人の欲しがるものを安易に買い与えるなど、甘やかしの度が過ぎていたことこそそれ、経済的に困窮する状況にはなく、高校進学も果たしていて、高校を自主退学した理由自体、生徒に暴力を振るって停学処分を受けたことに存し、次には、美容専門学校への入学も叶っており、同校を辞める切っ掛けも課題を怠ったことにあるとされているのであって、いずれも自覚の欠如が招いた結果」として、不遇さを減殺する事情を挙げて本人の責任を指摘している<sup>72)</sup>。

(ii) 望ましい量刑プロセス

これらの判決理由中に掲げられた事情について、法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会が失われていたとして不遇と評価しうるか、同種犯罪を遂行した犯罪者と比べてどの程度、不遇といえるか、学習の機会が事後的に保障されたといえるか、生命を軽視する深い犯罪性に不遇と評価される事情が影響しているかという視点から分析を行い、量刑における斟酌度合いを決定するというプロセスを経ることが望ましい、と考える。

---

72) 控訴審判決が生育環境に配慮した点については、城下裕二「判批」新・判例解説 Watch15号刑法No.3(2014年)165頁。

## (iii) 当てはめ

このプロセスを石巻事件について当てはめると、幼少期に両親が離婚して母親から暴力を受けることは、他者の身体的利益を尊重し、法秩序を遵守する精神の学習を阻害するものであって不遇といえる。一方、経済的に困窮なく高校に進学したことは、高校生活の中で法益を尊重し、秩序を遵守することを学習する機会の事後的保障にはなる<sup>73)</sup>。その上で、同種の殺人犯と比較してより不遇といえるかを経験的に考察するとともに、不遇と評価される幼少期の両親の離婚と母親の暴力が犯行時点の生命軽視態度に影響しているかを判断する、ということになる。仮に、不遇さの度合いや犯行への影響が高くないのであれば、量刑での有利斟酌が減殺されることになるが、その場合にも、判断のプロセスを量刑理由に記載することが肝要である。

## (2)裁判時点における自身の犯行に向けられる非難に対する態度との関係

## (a)議論の前提：非難の受容による死刑回避

まず、不遇な生育歴と裁判時点の非難拒絶態度の関係を論じる前提として、非難の受容による死刑回避が責任非難の見地から基礎づけられることを論じる。

死刑選択の判断にあたって、改善可能性を考慮事情の1つとして掲げる裁判例は少なくない<sup>74)</sup>。こういった裁判例に対して、更生不能であれば仮釈放をしなければ足りりとして、考慮事情に取込むことに対して、理論的根拠を欠くとの批判がなされている<sup>75)</sup>。

しかし、我が国の実務で改善可能性について言及がなされるのは、専ら再犯

73) 高校進学はともかく、経済的困窮の解消が直ちに、法益を尊重し、秩序を遵守する学習の機会の事後的保障といえるかは問題になりうる（永田・前掲注4・186頁は、経済的に満たされていれば児童虐待から除外するような考え方を批判する）。

74) 特別予防の視点に基づく説明として、城下裕二「特別予防論の現在と責任論の展望」法律時報88巻7号（2016年）21頁。

75) 小池信太郎「量刑における幅の理論と死刑・無期刑」論究ジャリスト4号（2013年）84頁など。永田・前掲注4・60頁は、無期懲役の仮釈放期間の長期化によって、改善可能性の量刑因子としての小ささが下支えされることになったと指摘する。

防止が問題になっているとみることには疑問がある。そうではなく、無期懲役刑を通じて生涯をかけて自らの罪を受け止めさせるという形での非難の伝達がなお可能であるかが問題になっているのであって、非難の受容による応報の充足という視点が働いているとみるのが正当である<sup>76)</sup>。

犯行時点において著しく生命を軽視する犯罪性を示し、死刑に相応する犯行を行った者について、裁判時点でも自身の犯罪性と向き合うことなく、自己の犯行に向けられる非難を拒絶している場合、死刑を無期懲役に引き下げる理由は認められない。これに対し、裁判時点で自らの生命軽視態度に深く向き合い、自身の犯行に向けられる非難を受容し、刑の執行過程でも非難の受容を継続する可能性を示している者については、死刑を無期懲役に引き下げる一事情になると解される。

#### (b) 非難拒絶態度に対する不遇な生育歴の影響

不遇な生育歴が犯行時点の犯罪性だけでなく、犯行後、裁判時点における非難を拒絶する態度にも影響している場合、そういう事情を持たずに非難を拒絶している犯人とは同列に扱うべきではない。生育過程において他者の法益を尊重し、法秩序を遵守する精神を学習する機会を十分に持たなかった犯人に対して、生命を重んじるという価値観に触れさせ、無期刑という枠組みの中で、生涯をかけて自らの犯した罪の重さを十分に認識させ、償わせ続けるという形で責任非難の充足を図るという選択肢がありうることを真剣に考慮すべきだか

---

76) 刑罰において償いが持つ意義が重要である点については、拙稿・前掲注62・104、105頁、拙稿・前掲注6・205頁。

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』(2017年)78頁は、筆者の見解に対して、償いを付随効果と述べるが、付隨的ではあれ、犯人が非難を精神的に受容することが応報を充足する作用を部分的に有するという点が重要である。

さらに、更生に向けた本人の努力の要求と応報的非難の内在的結びつきについて、小池信太郎「刑の一部執行猶予の現状と相対的応報刑論」刑事法ジャーナル54号(2017年)35頁、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(2016年)55頁。

らである。

この見地からみた場合、光市第1次上告審（最判平成18年6月20日判タ1213号89頁）が、「少年審判段階を含む原判決までの言動、態度等を見る限り、本件の罪の深刻さと向き合って内省を深め得ていると認めることは困難であり、被告人の反省の程度は、原判決も不十分であると評している」、「被告人の生育環境についても、実母が被告人の中学時代に自殺したり、その後実父が年若い外国人女性と再婚して本件の約3か月前には異母弟が生まれるなど、不遇ないし不安定な面があったことは否定することができないが、高校教育も受けることができ、特に劣悪であったとまでは認めることができない」、「窃取した財布内にあった地域振興券を友人に見せびらかしたり、これでカードゲーム用のカードを購入するなどしていることに徴すれば、その犯罪的傾向には軽視することができないものがある」と判示した点（同96、97頁）には疑義が残る<sup>77)</sup>。犯行後の態度や、少年審判から公判までの態度から、裁判時点において自身の犯行に対する非難を拒絶する態度を推認できるとしても、その拒絶態度が、不遇と評価される事情の影響を受けていることはありうる。その場合、生命を尊重するという価値観を矯正過程で伝えた上で、無期懲役刑の枠組みの中で自身の犯した罪に向き合わせ続けるという選択肢がありうることが十分に考慮されていないからである。

さらに、光市第2次上告審（最判平成24年2月20日判タ1383号167頁）においては、「被告人は、原審公判においては、本件各犯行の故意や殺害態様等について不合理な弁解を述べており、真摯な反省の情をうかがうことはできない」と判示されている（同168頁）<sup>78)</sup>が、この理由づけにも疑義が残る。公判

77) 光市事件における最高裁の判示に対する包括的な批判的検討については、永田・前掲注4・111頁以下。

78) 第2次控訴審（広島高判平成20年4月22日判タ1383号171頁）においては、「自分の犯した罪の深刻さに向き合って内省を深めることが、改善更生するための出発点となるのであるから、被告人が当審公判で虚偽の弁解を弄したことは、改善更生の可能性を皆無にするものではないとしても、これを大きく減殺する事情といわなければならない」とより詳細な判示がなされている（同195頁）。

段階における不合理な弁解によって、非難を拒絶する態度を露わにしているとしても、そこには不遇な生育歴が影響していることがありうるからである<sup>79)</sup>。

おわりに

本稿においては、原田國男が提示した量刑の透明化と合理化という課題<sup>80)</sup>に応える1つの試みとして、不遇な生育歴が責任非難を減弱させる理由を論じた。本稿で展開した議論は試論にとどまり、不遇な生育歴について異なる観点に基づく分析を排除するものではない。とりわけ、少年法55条移送については、改めて検討の機会を俟ちたいと考えている。

量刑の透明化と合理化は、個別の量刑事情ごとに進める必要がある。その際には、「犯罪行為にふさわしい刑を考える」という行為責任論の定式に合致するかを表層的に論じるのではなく、行為責任論の基礎をなす応報理念・責任非難の意義に立ち返った検討が有益と思われる。行為責任論の定式のみからみると、不遇な生育歴の考慮は責任非難に関係しえず、単なる情緒的な議論のようにも一見、思われよう<sup>81)</sup>。しかし、行為責任論の基礎にある応報理念の意義に立ち返れば、不遇な生育歴の考慮は単なる情緒ではなく刑法理論に基盤を置いた

79) 裁判の場に置かれることを通じて、自身の犯行に向き合うことが求められているのは確かである。しかし、本件における長期の裁判が、矯正処遇同様に、不遇な生育歴という負因を持つ被告人に生命を尊重するという価値観を学習する機会を事後的に保障していたとみて、不遇と評価される事情を減殺すると考えてよいかは必ずしも明らかではない。

この点、宮川光治反対意見は、「人は関係の中でしか成長しないのであって、人間的成熟が12歳かそれを幾ばくか超えたところで停滞しているのであれば、その状態で教育的処遇を受けることなく、拘置の歳月を8年、9年と過ごしたとして、反省・悔悟する力は生まれない。不合理で破綻しているとしかみることができない弁解に固執していることは事実であるが、これを原判決のように「反社会性が増進した」と厳しく批判するのは酷であ」と論じている（判タ1383号171頁）。

80) 原田國男「量刑理論と量刑実務」『裁判員裁判と量刑法』（2011年）16頁。

81) 門野博「石巻事件の元少年はなぜ死刑になったのか」法律時報88卷10号（2016年）2頁参照。

ものであって、行為責任論と何ら対立するものではないことが明らかになる<sup>82)</sup>。

不遇な生育歴以外の量刑事情についても同様に、行為責任の基礎に立ち返った分析を進めることが今後の課題となる。

---

82) さらにいえば、情緒の中には、合理的基盤を持たない情緒と、合理性を潜在させた情緒が存在するように思われる（感情を非合理として法的ルールから排除することへの批判として、マーサ・ヌスバウム（河野哲也監訳）『感情と法』（2010年）6頁）。現在の量刑理論が何かしら腑に落ちず、情緒に反する場合、情緒は不合理であるから許されないと直ちに考えるのではなく、腑に落ちない理由に合理性が認められるかを模索することは、思考を深める1つの方策というべきである。