

量刑事情（特に被害弁償）の考慮の在り方

—松本実務研究会報告(8)—

本 間 敏 広

【設例】前科前歴のない被告人が、被害者から現金100万円をだまし取った詐欺被告事件（罪体関係に争いはない。）について、被告人は100万円の被害弁償をしたと供述するのに対し、被害者は20万円しか受領していないと供述している。

第1 量刑事情¹と証明責任²

- 1 検察官は「被害者は被告人から80万円を受領していない」という事実（以下、便宜上同事実を「80万円の不存在」という。）の証明責任を負うであろうか^{3,4,5}。この点、大別すると、①量刑事情についても検察官が一律に証明責任を負うとする考え方、②量刑事情のうち被告人に不利なもの

¹ 杉田宗久元判事（判例タイムズ1309号47ページ以下「量刑事実の証明責任と量刑審理（上）」）は、「犯情のうちでも、「罪となるべき事実」及びこれに準じる実体法的事実に関しては証明責任・証明水準・証明方法のいずれも現在では議論の余地のないところである」とする（ちなみに、同論文は判例タイムズ社・大阪刑事実務研究会編「量刑実務体系第4巻」にも掲載されている。）ので、ここでも、これらの事実を除く他の犯情事実と一般情状事実とを合わせて、単に量刑事情と呼ぶこととする。

² なお、間接事実と証明責任の問題について、堀江慎司「コメント杉田宗久『量刑事実の証明と量刑審理』について」判例タイムズ1313号71ページは、「間接事実の積み重ねによる犯罪事実の認定も『総合判断』であり、また個々の間接事実それ自体は『要件事実』ではない。それゆえ、量刑事実と証明責任概念の関係に関する上記の議論が、間接事実の問題へも波及していくのか否か、また仮に両者を区別しようとしてもその理由如何が検討されなければならないであろう。」とする。

³ 証明責任：犯罪事実（罪体）については訴追側（検察官）に証明責任があり、合理的な疑いが残らない程度の証明（確信）が必要とされ、その程度に至らないときは「疑わしきは被告人の利益に」（利益原則）ないし無罪の推定により被告人は無罪となる。

は検察官が、有利なものは被告人がそれぞれ証明責任を負うとする考え方、
③量刑事情については証明責任を観念し得ないとする考え方があり得る。

2 上記①の見解は、刑訴法の証明責任の原則に忠実であり、実務上の取扱いという観点からも簡明といえる。最近の論文として、小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について—法律専門家としての裁判官の役割」法学研究82巻1号（平.21）615ページ以下も、原田國男元判事の後掲見解を批判し、「特定の事実の有無によって刑の軽重が左右されるという具体的状況……の下で重い方の刑を科すのであれば、それを行おうとする国の側で、その根拠となる事実関係を確実に認定する必要があるはずであり、そうでなければ部分的な嫌疑刑の誹りを免れないであろう。」と指摘し、前記①の見解を支持している。

3 明示的に前記②の見解を主張する論者は見当たらないものの、証明の必要という観点では、実務上も同見解に近い考え方で運用されているようにも思われることから、実務的には比較的受け入れやすいかもしれない。ただ、實際上、量刑事情を有利と不利に区別して処理できるかについて難点が生じるとの指摘があり得る。

⁴ 証明の程度：なお、ここに合理的な疑いが残らないというのは、反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いの余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には有罪認定を可能とする趣旨である（最高裁平.19.10.16第一小法廷決定参照）。

⁵ 「合理的疑いを超える証明」と「確信」：植村立郎判事退官記念論文集・村瀬均「合理的疑いを超える証明について」350、351ページには、「『確信』とは、『間違いない』という心証、すなわち主観的には『確実』であるという主観的基準をいい、『合理的疑いを超える証明』ないし『高度の蓋然性』は、裁判官が『確信』を得たとして犯罪の証明があると判断した場合に、その判断の当否を判断するための客観的基準をいうとの整理もみられる。そして、『確信』は、一審において犯罪の証明があるとするための要件として機能し、『合理的疑いを超える証明』ないし『高度の蓋然性』は、上訴審が事後審として原判決の当否の判断のための基準として機能することを重視する。」「『確信』を裁判官の主観的基準、『合理的疑いを超える証明』ないし『高度の蓋然性』をその客観的評価と整理する見解も、両者を意味する心証の程度は同じレベルになるとする。」との記述がある。

- 4 杉田元判事が前掲論文で前記③の見解を基本的に支持する以外にこの点を明示的に論ずる者は見当たらないものの、同杉田論文は、原田國男元判事の論考「量刑判断と犯罪事実認定上の不確実性」(「量刑判断の実際」〔第3版〕立花書房、平.21)等には同③見解と共通の基盤が認められるように解されるし、実務的にもこの考え方で量刑審理を行っていることが少なくない旨指摘する。

第2 量刑事情と証明の程度

- 1 裁判官が被害弁償に関する事実を認定するに当たっては常に確信に至る必要があろうか。この点、大別すると、①常に確信を必要とする考え方、②一律に証拠の優越の程度で足りるとする考え方、③証明対象の重要度等に応じて確信と証拠の優越を使い分けるとする考え方があり得る。
- 2 前掲杉田論文は、上記①の見解が多数説であって情状事実の重要性を強調する考え方である旨指摘する。
- 3 上記③の見解に立つ原田元判事は、前掲著書で「広義の情状事実は多岐に及んでおり、その中には必ずしも事実の厳格な意味での確定までを必要としない事項も少なくない。例えば、情状証人が被告人によかれと種々の被告人の良い面を述べている場合に、それが本当かどうかはそれを裏付ける客観的な証拠もなく、今一つはっきりしないが、他面、反証もないので、嘘であるともいえず、結局、それなりの情状事実の一つの資料として考慮することになる。むしろ、被告人のために法廷にまで来て言ってくれる人がいるということ自体が被告人がいまだ周囲の人から見捨てられず、将来の更生の手掛かりがあるという点で重要なのである。このような事柄について、犯罪事実と同様な確信ないし合理的な疑いを超える立証まで要求するのは妥当でないし、かえって、犯罪事実自体の立証の程度をあいまいで低いものにするおそれがある。」「示談が成立しない事情について……必ずしもはっきりせず、さりとてそのために被害者を直接調べるわけにもいかないから、あいまいな部分を残したまま考慮していく場合もある。このよ

うに、量刑事情については、あくまで事実を究明しなければ正義に反するということは、少なく、ある程度幅のある認定でも構わないのである。」などと指摘する。

第3 量刑判断における被害弁償の位置付け

- 1 被害弁償は犯情事実、一般情状事実のいずれに当たるであろうか。この点、大別すると、①違法性の事後的低減とする考え方、②責任の低減とする考え方、③刑事政策的見地からの可罰性の低減とする考え方、④特別予防の必要性の低減とする考え方があり得る。
- 2 平成21年度司法研究報告書（第63輯第3号）「裁判員裁判における量刑評議の在り方について」61、62ページでは、「財産犯では被害回復等の事情が量刑上大きく考慮されることがある。そのことを量刑の本質論からどのように整合的に説明するかについては、……例えば、犯罪が既遂に達したが、その場で犯人が取り押さえられて、ごく短時間で被害品が返還・回復されたような場合には、実質的な被害は発生しなかったのと同視し得るとして、違法性が小さいと評価することもできるであろうし、損害賠償（被害弁償）・示談についても、法益侵害を事後的に回復するものであり、違法性を事後的に減少させる（その結果、責任非難の程度も減少する。）と考えることも可能であろう。また、行為後の事情により違法性が増減することはないとの見解に立ったとしても、犯行後の損害賠償（被害弁償）等をもって、犯罪によって生じた被害をある程度帳消しにし、刑罰に代わる罰をすで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）が低減すると説明することもできよう。これに対し、殺人、強姦など生命犯、身体犯の場合は、被害弁償等により侵害された法益自体が回復するわけではなく、通常、事後的に違法性が減少するあるいは応報としての刑を科す必要性が低減すると考えるのは困難であり、被害弁償等は、基本的には、被害者保護のため望ましい行為を促すという刑事政策的な見地から量刑上考慮されると考えられよう。」と指摘

されている。

- 3 横田信之「被害者と量刑(3)」(判例タイムズ1274号) 56, 57ページは、財産犯のときは上記①の見解、生命・身体犯のときは上記③の見解を支持するとしつつ、「被告人の意図や動機に関係なく、被害回復という客観的事実それ自体を、量刑上、被告人に有利に取り扱うことになろう。」として上記②の見解によらないことを明らかにした上、「被害回復が被告人自身の努力や反省の態度の一環としてなされた場合には、他の反省をうかがわせる事情と同様に、これらを特別予防の必要性を減じる事情として考慮していくことになる。」とする(ちなみに、同論文は判例タイムズ社・大阪刑事実務研究会編「量刑実務体系第2巻」にも掲載されている。)

第4 証明の方法⁶との関係

前掲杉田論文は、「現在の実務は、既に繰り返し述べているとおり、ほぼ厳格な証明による運用を行っている」と断じて差し支えないと思われる。……ただその一方で、現在でも、例外的にせよ、量刑事実につき自由な証明による取扱いをしている例が全くないのかというと、必ずしもそうではないようである。……原田判事も、近時の論文「量刑事実の立証」340頁以下で、……取扱い例を紹介されている。」とする。ここにいう原田元判事の紹介例とは弁護人から請求された嘆願書等を検察官が不同意としたため自由な証明として取り調べたというものである。

第5 具体的考察

- 1 本稿でいう量刑事情の中には「罪となるべき事実」に属する犯情(これについては検察官に証明責任があることはいうまでもない。)が含まれていないことは既に触れたとおりである。
- 2 ところで、杉田元判事は、前掲杉田論文において基本的に量刑事情につ

⁶ 便宜上、厳格な証明とは証拠能力を有し、かつ、適式な手続を経た証拠調べ、自由な証明とはそれ以外の証拠調べと定義づけることとする。

き証明責任を観念し得ないとの見解を支持しつつ、例外的に一部の事情について利益原則の適用を認める考え方に立っている。すなわち、「原田説によれば、20万円被害弁償をした場合の刑と100万円被害弁償をした場合の刑との間で諸般の情状を総合して量刑判断を行うほかないということになるが、これでよいのか（おそらく、被害額である100万円全額の被害弁償をすれば、初犯であれば通常執行猶予を付することになるであろうが、多少の資力があるにもかかわらず20万円しか被害弁償をしないということになれば、実刑になる場合が多いであろう。）、これではあまりにも不安定な量刑となり、量刑の理由の書き様もないのではないかという意見である。そして、上記設例の場合には、『疑わしきは被告人の利益に』の原則を適用して、やはり100万円の被害弁償をしたものと認定してこれを前提に量刑するしかないのではないかという意見が大勢を占めたように思われる。（中略）そうであるとすれば、この限度では原田説の適用を前提とする前記見解には修正を加えざるを得ない。基本的な考え方は前記のとおりであって、多くの場合には原田説的処理で足りようが、ただ、特定の量刑事実が争点化しており、しかもその事実が量刑上重要な意義を有し、その余の量刑事実だけでは量刑の大枠が固まっても最終的な量刑の基本的方向性が定まらないというような場合には、『疑わしきは被告人の利益に』の原則を適用して量刑事実の認定を行うべきであるということになる。」（判例タイムズ1309号53、54ページ）とする。

- 3 翻ってみると、量刑事情と証明の程度についての原田元判事の見解が証明対象の重要度等に応じて確信と証拠の優越を使い分ける立場であるとすれば、独断的かもしれないが、設例のように被害弁償に供された現金の額が争点化されている場面についてまで「ある程度幅のある認定でも構わない」とする趣旨であるとは到底解されない。むしろ、証明対象（争点）の重要度、争点に関する各証拠の相互関係、信用度などに即し、最終的には、被告人の供述が不合理であるとして排斥することができないかどうかによって決しているというのが原田説に対する理解として正鵠を射ているよう

に思われる。そして、不合理であるか否かの判断においては、その判断の根拠が確実性の高いものである必要までではなく、「そういうことも確かにあり得る、あり得ないでもない」という程度の一応の合理性があれば十分であって、これが原田説からの帰結ではなかろうかと考える。

4 そこで、以下では、筆者が、量刑事情について証明責任を観念せず、証明対象の重要度等に応じて証明の程度を決め、量刑上（詐欺罪に係る）被害弁償を違法性の事後的低減と位置付ける考え方であることを断った上、設例について具体的に考察してみたい。

(1) 設例では、被告人が被害弁償金として20万円を被害者に支払済みである点は関係証拠上争いなく認められることが前提となる。問題は、80万円の不存在の事実の有無、すなわち、被告人からは被害弁償金として20万円を受け取ったのみでそれ以外に80万円を受領したことはない旨の被害者の供述と、被害弁償金として（合計）100万円を被害者に交付した旨の被告人の供述のいずれを信用することができるかである。順次、場合を分けることとする。

なお、設例のように高額の現金の授受があった場合、法律家が関与していれば格別、そのような事情がなく、単に詐欺の被害者と加害者という関係があるにすぎない一般の素人同士のケースでは、被害者から現金受領の事実を証する書面（以下、便宜上「領収証等」という。）が発行されることが通常であるとまでは必ずしもいい難いように思われる⁷。

(2) 例えば、被告人が、被害弁償金として、1回目は被害者宅で20万円を、

⁷ この点は、現金授受の場所が、被害者の自宅や事務所（職場）であろうと、それ以外の例えばファミレスのような場所であっても、大きな違いは生じないと思われる。逆に、被告人において現金授受の事実を何らかの形に残しておこうという意識を強く有していたような場合には、たとえ被害者がその場に印鑑等を持ち合わせていなかったとしても、紙片等に被害者のサイン入りでその旨書き残したりすることが難儀とはいえず、やはり現金授受の場所の点を重視する必要はないであろう。

もっとも、例えば、被害金品をだまし取る過程において既に当事者間で領収証等の取り交わしが行われていたような経緯があるときは、別途、違った考慮が必要となろう。

2回目はファミレスで80万円をそれぞれ被害者に交付した旨の供述をしており、弁護士と検察官双方から領収証等が証拠として請求されていないとき⁸はどうであろうか。

この点、被害者が、1回目の20万円につき、その受領を認め、2回目の80万円につき、ファミレスで被告人と面会したこと自体は認めるものの、その受領を否定する旨の供述をしている場合には、被害者に虚偽の供述をする事情が特段うかがわれず、80万円の交付に関する被告人の供述を一部裏付けたり補強するような証拠も見当たらないならば、被害者の供述を信用し、被告人の供述を排斥することが多いであろう。仮に、被告人において当時80万円が存在していたことをうかがわせる資料（原資関係）が手元にあるようなときは、不合理であるとして被告人の供述を排斥するのが困難なこともあり得る。

そして、仮に、被害者が20万円の受領の点は肯定したもののファミレスの点は全面的に否定した場合に、被告人においてファミレスに関する当時の二人分相当の飲食代を含むレシート類や、その頃被害者との間で交わされた電話又はメールの履歴等が残っているようなときは、被告人の供述を不合理であるとして排斥できないことも少なくないと思われる。

(3) 次に、例えば、1回目の10万円や2回目の80万円に関する被告人の供述は前同様であるが、額面20万円の領収証等が当事者の一方又は双方から提出されているとき⁹はどうであろうか。

被害者に虚偽の供述をする事情が特段うかがわれず、80万円の交付に

⁸ 当事者双方から領収証等が証拠請求されない理由として考えられるのは、①そもそも被害者から領収証等が発行されていないとき、②被害者から領収証等が発行されその控えも作成されたがその原本・控えいずれも現存しないとき、③被害者から領収証等が発行されたがその控えの作成はなくその原本も現存しないときである。以上のほか、④たとえ被告人の手元に額面20万円の領収証等が残っていたとしても検察官からその控えが請求されていないならば、80万円の上積みを主張している弁護士としては、あえてその原本を請求しないという選択もあり得よう。

⁹ まずは検察官からその写し等の控えが請求され、それに引きずられるようにして弁護士からその原本が請求されることが多いと思われる。

関する被告人の供述を一部裏付けたり補強するような証拠も見当たらないならば、被害者の供述を信用することができ、被告人の供述は排斥されることが多いであろう。この場合、被告人がその供述の一応の合理性を得るためには、80万円の存在をうかがわせる原資の事実関係を法廷に顕出する（もちろん厳格な証明で）ばかりではなく、20万円の交付の際は領収証等が取り交わされているにもかかわらず80万円の交付に関する領収証等が存在しない点についてのそれなりの説明を要することとなる。

- (4) では、例えば、被告人が、被害弁償金として、一括して100万円を被害者に交付した旨の供述をしているときはどうであろうか。

弁護人と検察官双方から領収証等が証拠として請求されていないときは、前記(2)と同様に、被害者に虚偽の供述をする事情が特段うかがわれず、被告人の供述を一部裏付けたり補強するような証拠も見当たらないならば、被害者の供述を信用し、被告人の供述は排斥されることが多いであろう。仮に、被告人において残額80万円の存在をうかがわせる原資関係の資料を有するような場合には、不合理であるとして被告人の供述を排斥するのが困難なときもあり得ることは前同様といえる。

そして、検察官から額面20万円の領収証等（控え）が証拠請求されたり、弁護人から額面100万円の領収証等が証拠請求されるような場合には、その作成の真正に関して特に問題がなければ、そもそも被害弁償金の点が当事者間で争点化されることはないのが通常といえよう。にもかかわらず、被害弁償の点が争点となり、一方当事者からその供述を裏付ける領収証等が請求され、他方当事者から「不同意、偽造である」などの証拠意見が出されたときは、その作成者である被害者の証人尋問を経るなどした上、争点について被害者の供述と被告人の供述のどちらを採用するかを決めることとなる。

- (5) 最後に、領収証等についてその証拠調べの方法等の視点から若干整理してみることにする。

まず、検察官から領収証等（控え）の証拠請求があり、弁護人から、例えば、「不同意。被害者作成の点は争わないが、別口のもので関連性がない」「不同意。現在紛失して被告人の手元に額面100万円の領収証等の原本は存在しないものの、被告人が被害者から同人作成の同領収証等を受け取ったことは間違いなく、検察官請求書面は被害者とその領収証等の写しの額面額を100万円から20万円に改ざんしてそれをコピーしたものである」などの証拠意見が出たときは、検察側請求証人として被害者の尋問が実施され、検察官からその尋問の際に被害者の供述を明確にする趣旨で請求に係る領収証等が示された上、同領収証等の写しを供述と一体のものとして尋問調書末尾に添付し、前記証拠請求は撤回するという展開が考えられる。

一方、弁護人から領収証等の証拠請求があり検察官がこれを不同意としたときは、弁護人としては、最初の請求を撤回し、立証趣旨を「同書面自体及びその記載内容の存在」とする証拠物たる書面として再請求することが考えられる。これに対して、検察官が「異議あり。関連性がない」などの証拠意見を出したならば、被告人質問で関連性の点を確認し、質問調書末尾に同書面の写しを添付した上、別途、裁判官に（独立）証拠としての採否を決めてもらうという展開も考えられよう。もし検察官が弁護人請求の領収証等に関する作成の真正を争ってきた場合、これに正面から応じ、弁護側請求証人として被害者の尋問を実施したとしても、弁護人の期待する供述を得られる可能性は低く、効用面で現実的な選択とはいえないであろう。