



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	量刑基準に関する一試論（1） 一量刑事情としての「犯罪後の態度」を中心に一
Author(s)	城下, 裕二; SHIROSHITA, Yuji
Citation	北大法学論集, 43(4), 87-152
Issue Date	1992-12-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15486
Type	departmental bulletin paper
File Information	43(4)_p87-152.pdf



量刑基準に関する一試論（一）

— 量刑事情としての「犯罪後の態度」を中心に —

城
下
裕
二

目 次

- 第一章 問題の所在
- 第二章 前提的考察
 - 第一節 量刑論における諸概念
 - 一 「量刑」の意義
 - 二 量刑基準と量刑事情
 - 第二節 量刑基準の立法例
 - 第三節 判例の概観

第三章 当為としての量刑基準

第一節 序論——刑罰理論と量刑基準の関係——

第二節 我が国における刑罰理論と量刑基準

一 応報刑論と量刑基準

二 目的刑論と量刑基準

三 小括

第三節 刑法改正と量刑基準

一 改正刑法準備草案四七条

二 改正刑法草案四八条（以上本号）

第四節 ドイツにおける理論状況

第五節 量刑における「責任」と「予防」

第四章 当為としての量刑事情——「犯罪後の態度」を中心に——

第五章 総括と展望

第一章 問題の所在

(1) 法定刑から処断刑を経て具体的な宣告刑を決定するにあたっては、裁判官に広い自由裁量の余地が与えられている。もとよりそれは、裁判官の主観的恣意を許すものではなく、客観的合理性を有するものでなければならぬ。刑事訴訟法三八一条が、量刑不当を上訴理由として規定しているのも、この趣旨をあらわすものである。

しかし、我が国の刑法学においては、量刑に客観的合理性をもたせるための指針（いわゆる「量刑基準」）に関する

理論的検討が、従来必ずしも十分に行われてこなかった。「刑法理論の縮図」であり「基礎理論を帰納しあるいは検証するのに格好な素材」が多く見出されるはずの量刑論は、我が国においても——かつてドイツで指摘されたように——依然として刑法学の「継子 (Stepchild)」であると言わなければならぬ。

確かに我が国の現行刑法典は、量刑の一般的な指針となる規定をもたない。犯罪の具体的情状は千差万別であつて、法律の一般的规定によつて規律することは困難であると言ひ得るかもしれない。そして現実には、実務の長年にわたる蓄積の中からある程度の予測可能性の幅が「量刑相場」として形成されてきている。我が国の量刑研究は、これまで、実証的方法によつてこの「量刑相場」を明らかにすることが中心になつてきたのであり、相場の形成にあつては一種の経験的「直観」が作用するとさえ指摘されている。

しかし、立法の困難さや実証的研究の重要性は無視しえないとしても、これらのことが、量刑基準の理論的検討を阻害する要因であつてはならない。犯罪の「成否」と刑罰の「程度」の問題は密接不可分な關係にあり、前者については豊富な理論的所産に恵まれている刑法学が、後者についても明快な理論的解決を行うべきことはむしろ当然の要請なのである。そこで以下においては、刑法学の視点から、量刑にあつて具体的な刑罰はどのような一般的な原理・方法によつて導かれるべきなのかを明らかにしたい。量刑判断は如何なる構造を有すべきかという、「当為としての量刑基準」の問題について試論を展開すること——これが本稿の第一の目的である。

この問題については、大別するならば、行為者の責任に応じた量刑を主張する立場と、予防的考慮による量刑を主張する立場（いわゆる責任主義と目的主義）とが対立してきており、現在では、いずれか一方のみ依拠する見解は少数であると言えよう。多くの見解は、両者を併列的に採用しているのである。しかし、責任主義といういわば「回顧的」な原理と目的主義という「展望的」な原理を併存させることには、しばしば背理に陥る危険性が潜んでいる。両者を「調

和」させうる可能性はあるのか、あるとすればどのように「調和」させていくべきなのかを、問題解決にあたっては常に意識していかなければならないであろう。

(2) 「量刑基準」を明らかにする際に不可欠となる作業は——次章で検討するように——評価の「対象」となる個々具体的な「量刑事情」を確定し、それが量刑基準においてどのような意義と機能を有するのかを検討することである。「量刑事情」には多種多様な要素が考えられるが、本稿は、特に行為者の「犯罪後の態度」に焦点をあてることにする。以前別稿において、必要的減免事由である中止未遂規定（刑法四三条但書）の本質に関する考察を試みた。⁷⁾ その際私見では、中止未遂を「犯罪後の態度」によって処罰が寛大化される、いわゆる「刑罰消滅（減輕）事由」として体系的に位置づけた。

従来、このような行為者の「犯罪後の態度」は、改悛の有無・損害賠償のための努力・公判廷における自白や否認を中心とする供述態度などと共に「量刑事情」の一つであると理解されてきた。改正刑法草案四八条二項をはじめとする各国の草案や立法例、学説においてもこのことは認められていると言つてよい。⁸⁾ 我が国の刑事訴訟法三九三条二項・三九七条二項が、第一審判決後の事由によって現判決を破棄することができるとしているのも、「犯罪後の情状を最後の瞬間まで量刑の上に考慮しようとする」⁹⁾ ものであると考えられよう。また同法二四八条も、起訴猶予にするか否かを決定する際に考慮すべき事情の一つに「犯罪後の状況」を掲げている。

しかし、なぜ行為に後行する諸事情が——罪刑法定主義・行為主義・責任主義を原則とする刑法学の下で——刑量に影響を与えることになるのであろうか。それとも、影響を与えるものではない、と考える方が適切なのであろうか。あるいは、一定の限度で影響を与えるものと解すべきなのか。本稿では、かような観点から、「量刑事情」としての「犯罪後の態度」の実体を明らかにしていきたい。すなわち、「当為としての量刑基準」を前提として、そこで判断の対象

となる「当為としての量刑事情」にはどのような意義と機能が認められるべきなのかという問題を、「犯罪後の態度」を素材に検討すること——これが本稿の第二の目的である。

もつとも、構成要件は違法判断に関するすべての事情を記述しているわけではない^⑩。従って、構成要件に記されていない事情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することにはならない。少くとも、実行行為の違法性を基礎づける諸事情（例えば実行行為の態様や手段の危険性）を量刑において考慮に入れることは許されよう。しかし、行為の法益侵害性とは無関係な事情や行為者に客観的に帰属されない事情を量刑判断の対象とし、特にそれを加重事情とすることには、罪刑法定主義・行為主義の原則からみて重大な疑問があると言わなければならない。例えば、行為者が幼い子供を殺害し、その母親がショックにより強度の神経障害を被った場合、当該殺人罪の量刑において、母親に対する影響を考慮して重い刑罰を科すことは許されないと解するべきなのである。

また、従来「予防的考慮」に基づく事情は、実行行為の評価と無関係であっても量刑上考慮することができると考えられてきた^⑪。例えば犯人の年齢、経歴、性格、社会的地位、経済的状态なども、加重ないし減輕事情として宣告刑の決定に際して影響をもつと解されているのである。しかしここでも、行為主義および責任主義とどのように調和するのかがまさに問題になる。特に、現在の多数説とされているはずの「行為責任論」とは明らかに矛盾する諸事情を、なぜ量刑においては考慮することが許されるのかが問われねばならない。「予防的考慮」に基づくものならば無制限に量刑事情としてよい、などという理由は存在しないのである。

このように、「当為としての量刑事情」を確定していく場合には、常に刑法上の諸原則と矛盾せずに説明することが可能かどうかが重要となる。本稿においても、「犯罪後の態度」の意義と機能を検討するにあたっては、特にこの点を顧慮するようにしたい。

(3) 以下、右に述べた二つの目的に従って、「当為としての量刑基準」、および「犯罪後の態度」に焦点をあてた「當為としての量刑事情」について順次検討を行っていくが、その前に「前提的考察」として量刑における諸概念と立法例・判例の動向を確認しておくことにしよう。¹³⁾

(1) 団藤重光『刑法綱要総論』【第三版】(平成二年) 五四一頁。

(2) 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)」法学研究五五卷一〇号(昭和五七年) 六八一―六九頁。

(3) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, 4. Aufl., 1971, S. 840.

(4) 我が国における実証的研究の概観として、岩井弘融||遠藤辰雄||樋口幸吉||平野龍一(編)『日本の犯罪学3』(昭和四五年) 一一三頁以下「所一彦||三井誠執筆」、平野龍一(編)・同6(昭和五五年) 九七頁以下「澤登俊雄執筆」参照。ここでは、我が国の従来の研究が、次のように類型化されている。

(A) 慣行的な量刑の基準、すなわち現実に行われている量刑の平均的な値を発見しようとする研究。次の類型がある。

① 犯罪態様、動機、結果の大小等を手がかりとして、犯罪を類型化し、各類型につき言渡される標準的な科刑を究明しようとするもの。

② 量刑と関連性の大きい情状因子および重要度を統計的操作によって説明しようとするもの。具体的には、量刑に影響を及ぼす因子の一定の組合わせを数量化し、情状指数と量刑との相関表を作成することによって行なわれる。

(B) 現在の檢察・司法関係の諸統計資料にもとづいて、量刑の傾向を大局的に把握し、量刑傾向を支配する法則ないし原理を求めようとするもの。(A)の研究が、個々の事案の特性を明らかにするために量刑の決定と決定のための情報として意識的にもたらされる情報との関係をさぐるものであるのに対し、この(B)の類型は決定のための情報としては一般に意識されていぬ事実と決定との関係に関するものである。次の類型がある。

① 時間的・沿革的な觀察方法によるもの。

② 空間的・地域的な觀察方法によるもの。

(C) 量刑行動のメカニズムを規律する心理的諸要因の測定・分析を試みる研究。

- 本稿の問題関心からすれば、右の(A)②の類型に属する研究が重要であるが、その代表例として、安部治夫「山本輝夫」相関表の応用による量刑の科学的研究」ジュリスト二四八号(昭和三七年)三六頁以下、中利太郎・香城敏磨「量刑の実証的研究」司法研究報告書一五輯一号(昭和四一年)、前田俊郎「量刑予測研究序説」上智法学論集八巻一号(昭和三九年)一〇五頁以下、同「詐欺犯執行猶予予測表再論」同九巻二号(昭和四〇年)八五頁以下、同「刑の量定と経験科学」研修二二四頁(昭和四二年)三頁以下、同「量刑予測とその妥当性」団藤重光「平場安治」平野龍一「宮内裕」中山研一「井戸田侃」(編)『佐伯博士還暦祝賀・犯罪と刑罰(下)』(昭和四三年)六二九頁以下、同「控訴審における執行猶予の基準」『矯正論集』(昭和四三年)一八九頁以下、同「求刑刑期による量刑刑期の推定」鴨良弼「斉藤誠二」団藤重光「平場安治」福田平(編)『植松博士還暦祝賀・刑法と科学・心理学・医学編』(昭和四六年)六二九頁以下、同「死刑と無期懲役の分水嶺——新しい死刑・無期懲役識別表——」ジュリスト七八七号(昭和五八年)三七頁以下、松宮崇「徳山孝之」岩井宜子「量刑の数量化に関する基礎的研究」法務総合研究所研究部紀要一四号(昭和四六年)九頁以下、同「自動車事故事件の量刑に関する研究(1)(2)」同一五号(昭和四七年)一〇九頁以下、同一六号(昭和四八年)八一頁以下、松永榮治「吉田弘之」強盗致死事件にみる量刑因子の数量化」法務総合研究所研究部紀要三号(昭和六三年)一三三頁以下などがある。
- (5) 不破武夫「刑の量定の実証的研究」(昭和四四年)三頁以下。本研究は、我が国における実証的研究例の嚆矢とされる。もっとも、「直観」は推理とか詳細な分析や判断を経ないで直接的に対象の本質を認識することであり、心理学上の見通し(Ensch)が知性の重要な性質と考えられているのと同様、人間の理解力の重要な部分を担当するものであるから、直観による量刑であるからといって、直ちにこれを「非科学的」とすることは妥当ではない点につき、松宮他・前掲論文(注4・「量刑の数量化に関する基礎的研究」)九頁参照。
- (6) 例えば、いわゆる「可罰的違法性」「可罰的責任」の理論も、このような認識に基づくものである。
- (7) 佐伯千仞「刑の量定の基準」日本刑法学会(編)『刑法講座・第一巻』(昭和三八年)一一八頁。
- (8) 拙稿「中止未遂における必要的減免について——「根拠」と「体系的位置づけ」——」北大法学論集三六巻四号(昭和六一年)一四一一頁以下。論評として、山中敬一「刑事法学の動き」法律時報五九巻六号(昭和六二年)一四三頁以下。

Vgl. Thomas Hertz, Das Verhalten nach der Tat, 1973; Wilfried Böttke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und System

matik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979. 詳細は、本稿第四章参照。

(9) 団藤・前掲書(注1)五四四頁注(一〇)。さらに、平野龍一「矯正保護法」(昭和三八年)三七頁参照。

(10) 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)」法学研究五六卷一号(昭和五八年)六五頁以下参照。
Vgl. Hertz, a. a. O. (Anm. 8) S. 85f., 99, 101.

(11) 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)」法学研究五五卷一号(昭和五七年)四〇頁参照。
Vgl. Claus Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: ders., Strafrechtliche Grundgenprobleme, S. 133f.

(12) Vgl. Günter Stratenwerth, 'Tatschuld und Strafzumessung, 1972.

(13) 我が国における近時の包括的研究として、川崎一夫『体系的量刑論』(平成三年)が重要である。その他、量刑基準に関する一般的な文献として、佐伯・前掲論文(注7)のほか、所一彦「刑の量定の基準」ジュリスト三二二号(昭和四〇年)七一頁以下、松本一郎「刑の量定の基準」『中央大学正法会三十周年記念論文集』(昭和四一年)四〇五頁以下、安平政吉「刑の量定の基準について」同「刑法理論の新展開」(昭和四二年)四一四頁以下、吉田常次郎「刑の量定」法学新報七五卷一号(昭和四三年)一頁以下、松尾浩也「刑の量定」宮澤浩一・西原春夫・中山研一・藤木英雄(編)『刑事政策講座・第一巻』(昭和四六年)三三七頁以下、鈴木義男「量刑の基準」法学教室(第二期版)第三号(昭和四八年)三六頁以下、秋山哲治「量刑における一断面——序説」大阪経済法科大学法学論集九号(昭和五八年)一頁以下、木梨節夫「刑の量定基準に関する一考察」比較法(東洋大学)一三三号(昭和六一年)一頁以下、岡上雅美「量刑判断の構造——序説」早稲田大学大学院法研論集四八号(昭和六三年)九三頁以下などを参照。なお、ドイツでの理論状況に関する邦語文献については、第三章第四節の注を参照。

第二章 前提的考察

本章においては、量刑論を展開する前提として、そこで用いられる「量刑」「量刑基準」「量刑事情」という諸概念の意義について改めて確認する。その上で、各国の立法例および我が国の判例の中で、量刑基準ないし量刑事情がどのように具体化されているのかを見ておくことにしたい。

第一節 量刑論における諸概念

一 「量刑」の意義

(1) まず、「量刑」ないし「刑の量定」の概念の意義について確認しておく必要がある。

現行刑法典が「量刑」「刑の量定」の話を用いていないこともあって、刑法学においてこれらの用語が意味するところは、文脈によって必ずしも同一ではない。それは広狭さまざまな意味で使用され、論者によってはさらに「刑の適用」の語も加わってくるのである。

佐伯博士は「刑法における普通の用語例」として、「具体的な事件について、裁判官が法定刑から処断刑を経て宣告刑を引出していく過程」を「刑の適用」とされ、「さらにその過程のなかで、当該事件に適用される刑罰の種類と程度が一定した後で、その枠のなかで、例えば被告人を懲役六月に処すとか、あるいは罰金二千円に処すとかいうような量的な決定を行うこと」を「刑の量定」と定義されている¹⁾。もっとも、博士も指摘されているように、控訴理由に関する

刑事訴訟法三八一条における「刑の量定」という文言は、右にいう広い意味での「刑の適用」を指すものと解されよう。^② また、平野博士は、改正刑法草案四八条一項における刑の「量定」は刑の分量を定めることであり、第二項における「刑の適用」は刑の種類を定めることであると解釈できる旨を指摘されている。^③

そこで、松尾教授が示された次のような四段階にわたる「量刑」の定義を見てみよう。^④

① 最狭義 自由刑または財産刑について刑期または金額、すなわち刑の分量(刑量)を定めることをいう。「量定」という言葉は、本来この意味でつくられたものであり、文理的には最も適切であるとされる。

② 狭義 ①に、刑種の選択を併せて考えるものである。刑量の決定の前には、論理的に刑種の選択が先行するためである。なお現行刑法は、六九条において、刑種の選択につき刑の「適用」という語を用いている。

③ 広義 ②に、執行猶予の可否、保護観察の有無・刑の免除・刑の執行の免除をも含めて考えるものである。

④ 最広義 ③に、さらに刑の言渡に伴う付随的処分をも含めて考えるものである。この付随的処分としては、未決勾留日数の通算、罰金・科料の換刑処分、売春防止法における補導処分(売春防止法一七条以下)、公職選挙法における公民権停止(公職選挙法二五二条)などがある。

右の定義と比較するならば、佐伯博士が指摘された「刑の適用」は広義ないし最広義の量刑を、「刑の量定」は狭義の量刑を意味するものと言うことができよう。

(2) このように「量刑」の語はきわめて多義的であるが、現在の我が国においては、法定刑から選択を行い、あるいはそれに法律上の加重・減輕ないしは酌量減輕を施した処断刑の範囲内で、具体的に宣告刑を定めるすべての過程を「量刑」や「刑の量定」と呼ぶのが通常であろう。^⑤ そしてそこには——特に訴訟法的観点からは——刑の執行猶予や、刑の言渡に伴う付随処分なども属するとされるのである。上訴理由としての「量刑不当」(刑訴法三八一条、四一一一条二号

など）は、かような処分をも含む裁量権の不適切な行使を意味すると解され、判例も同様の立場にある。以上のように、「量刑」を「最広義における量刑」を意味するものとして理解しようとする見解が一般化しているのである。

本稿の立場からは如何に解すべきか。裁判所は、刑種の選択・刑量の決定のみならず、執行猶予の許否・保護観察の要否・付随処分の要否および程度につき、法による拘束を伴いつつも自らの裁量により決定しなければならない。このような裁量に客観的合理性をもたせるべき「量刑基準」を検討するにあたっては、基本的に右の「最広義における量刑」を念頭におくことが妥当であると解せられよう。従つて以下の論述においては、特に断らないかぎり右の「量刑」概念を維持していくことにする。

(3) ところでドイツにおける「量刑(Strafzumessung)」の概念も多義的であるが、⁽⁸⁾ ここでは特に、*richterliche Strafzumessung*（裁判官による量刑）と並んで *gesetzliche Strafzumessung*（法律による量刑）というカテゴリーが示されていることに注目しなければならない。⁽⁹⁾ 後者は立法者による法定刑および刑の加重・減輕事由の形成を指すのであるが、このような理解によつて「量刑」は本質的に立法者と裁判官の「協同作業」なのであり、立法者が設定した法定刑における当罰性判断を具体化していく過程であることが明らかにされているのである。⁽¹⁰⁾ すなわち、法定刑は単に裁判官に認められる科刑の上限・下限を示すに過ぎないものではなく——我が国においても既に指摘されているように——「立法者による当罰評価の明白な表現」⁽¹¹⁾ であると同時に、生じうる様々な事例を予想した連続的な「評価の尺度」⁽¹²⁾ を形成していることになる。裁判官は、当該行為がかような尺度のどこに位置づけられるのかを法的に判断・評価することによつて最終刑を導くのである。

先に見た我が国における「量刑」の諸定義が形式的意義を表すものであったのに対し、右のようなドイツにおける用語法に留意されている「量刑」の理解はいわば実質的意義を示すものであると言えよう。従つて、以下の検討で既述の

「最広義における量刑」を維持していく場合でも、ドイツにおける用語法に示唆をえつつ、その実質的側面を意識していくようにしたい。

- (1) 佐伯千仞「刑の量定の基準」日本刑法学会編『刑法講座・第一巻』（昭和三八年）一一五頁。
- (2) 佐伯・前掲論文（注1）一一五頁。
- (3) 平野龍一『刑法総論I』（昭和四七年）二七頁。もっとも、佐伯・前掲論文（注1）一一五頁は、改正刑法準備草案四七条が、先の「刑の適用」と「刑の量定」の定義に従って規定されているとする。
- (4) 松尾浩也「刑の量定」宮澤浩一Ⅱ西原春夫Ⅱ中山研一Ⅱ藤木英雄（編）『刑事政策講座・第一巻』（昭和四六年）三三七頁以下。
- (5) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論』〔三訂版〕（平成二年）五〇五頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）四五一頁など。
- (6) 松岡正幸『量刑手続法序説』（昭和五〇年）四頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（昭和五五年）四三七頁参照。
- (7) 例えば、東京高判昭和二四年一月二日高裁判集四卷一三号一八六一頁（罰金不完納の場合の換刑処分の不当は、刑の量定の不当に準じ、三八一条による控訴の理由とすることができるとした）、最決昭和二九年六月二日刑集八卷六号七九四頁（公職選挙法にいう選挙権・被選挙権の停止・不停止も「刑の量定」に含まれるとした）参照。
- (8) 例えば刑量の決定を「狭義の量刑」、それに具体的な刑種や付随的效果の決定を含んだものを「広義の量刑」と呼ぶ立場として、Reinhart Maurach=Karl Heinz Gössel=Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2.7. Aufl., 1989, S. 542 Zipf, なお、川崎一夫『体系的量刑論』（平成三年）一八頁以下参照。
- (9) Maurach=Gössel=Zipf, aa.O. (Anm. 8)S. 539ff. Vgl. Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 36ff.; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 777ff.
- (10) この点は、ドイツ刑法四六条三項のいわゆる二重評価禁止原則（すでに法律上の構成要件の要素となっている事情は、これを考慮してはならない）とも関連する。これについては、林美月子「量刑における二重評価の禁止」神奈川法学二六巻一号（平成二年）一三五頁以下参照。Vgl. Heinz Zipf, Die Strafmaßrevision, 1969, S. 96ff.

(11) 小暮得雄「(小定型)序考」鴨良弼・齊藤誠二・団藤重光・平場安治・福田平(編)『植松博士還暦祝賀・刑法と科学・法律編』(昭和四六年)一〇五頁。

(12) 平野龍一「競合犯の科刑」同『犯罪論の諸問題(上)総論』(昭和五六年)二一九頁。なお、法定刑について、Vgl. Axel Montbrück, Strafen und Strafzumessung, 1983, S. 1ff.

二 量刑基準と量刑事情

(1) 「量刑」の意義を以上のように解した場合、かような内容をもつプロセスとしての量刑(以下「量刑過程」とよぶ)において用いられる諸概念の明確化が必要となる。ここでは、特に本稿の研究対象である「量刑基準」と「量刑事情」について改めて検討しなければならない。

(2) そのために、まずドイツにおける量刑過程の分析についての諸見解を見てみよう。

ペーターズ(Karl Peters)は、量刑事情(Strafzumessungstatsachen)の評価方法に関する諸要素として、①評価の基礎(Bewertungsgrundlagen)②評価の視点(Bewertungsgesichtspunkte)③評価の基準(Bewertungsmaßstäbe)を掲げていた。①は刑罰目的を意味し、②は個々の刑罰目的から導かれた、量刑事情を発見するための観点であり、③はやはり個々の刑罰目的から導かれた、量刑事情の評価方向と重要性を決定するものであるとされた。¹³⁾

またウィムマー(August Wimmer)は、量刑事由(Strafzumessungsgründe)を量刑事情(Zumessungstatsachen)と量刑判断(Zumessungserwägungen)とに分析した。前者は、量刑にとって重要な具体的事象ないし事実であり、また後者は、

前者を確定した後に行われる量刑のための精神活動(Gestaltarbeit)を意味するとされていた。¹⁴⁾

その後のシュペンデル(Günter Spendel)は、ヴィムマーの見解に基づき、量刑事由を三つの側面から把握することによって量刑過程を分析した。¹⁵⁾

① 事実的量刑事由(realer Strafzumessungsgrund) 量刑の事実上の根拠(Realgrund)、すなわち刑量を規定する具体的な事情である。シュペンデルは盗品の価値や暴行の残虐性、死亡した被害者の数などを例示している。我が国の改正刑法草案四八条二項やドイツ刑法四六条二項に掲げられた諸事情がこれにあたりとみてよい。

② 目的的量刑事由(finaler Strafzumessungsgrund) 刑量の目的根拠(Zweckgrund)、すなわち刑罰を科すことによって追求される諸目的(刑罰目的)である。シュペンデルは刑罰目的として第一次的に応報、第二次的に予防を掲げるが、刑罰目的に何を考えるかによって、刑量を決定する際に量刑事情のもつ意味は異なってくるのである。

③ 論理的量刑事由(logischer Strafzumessungsgrund) 刑量の認識根拠(Erkennnisgrund)、すなわち当該行為にある量の刑罰を科すための論理的理由づけである。事実的量刑事由を目的的量刑事由に結びつけた場合に、一定の刑量を矛盾なく導き出すことができるかという過程が問題となる。

シュペンデルの見解は、裁判官の判断過程に対応するだけでなく、量刑上の誤りがどの段階に由来するのかを認識することを可能にするとされている。¹⁶⁾ 例えば、ドイツ刑法一四二条の事故後逃走罪の量刑に際して、被告人の私生活に関する事情(妻以外の女性との恋愛関係)を刑を加重する方向で考慮した場合には、事実的量刑事由の確定に誤りがあったことになる。また、国家の財政目的という刑罰目的とは関係のない事由によって罰金刑の額が加重された場合には、目的的量刑事由の決定に誤りがあったと言い得る。さらに、行為者の精神状態について一方において限定責任能力と認めつつ、他方においてかような精神状態を特別予防上刑を加重する理由として考慮した場合には、論理的量刑事由におい

て誤りがあつたことになるのである。

以上のようなシュペンデルの見解は、量刑過程を分析する際の基本的枠組として評価されていると言つてよいであらう。例えばイエシエック (Hans-Heinrich Jeschek) が、量刑過程を①刑罰目的の決定 (die Bestimmung der Strafzwecke) ②量刑事情の確定 (die Feststellung der Strafzumessungstatsachen) ③量刑判断 (Strafzumessungserwägungen) の三段階に分析しているのも、基本的には同様の視点に立つものと考えられよう。¹⁷⁾

もつとも学説の中には、シュペンデルの見解に基づいて、量刑過程をさらに細分化するものも見られる。

ブルンス (Hans-Jürgen Bruns) は基本的にシュペンデルの見解に依拠しつつ、「論理的量刑事由」をさらに三段階に分析した。¹⁸⁾ (i) ここではまず、量刑事情の評価方向 (Bewertungsrichtung) の確定が問題となる。すなわち、シュペンデルのいう「事实的量刑事由」の範囲を確定したならば、それを刑罰目的 (目的的量刑事由) に照らして評価することによつて、刑を加重する方向で考慮するのか、あるいは減輕する方向で考慮するのかを判断しなければならない。(ii) 次に、量刑要素の正しい比較衡量 (richtige Abwägung) を行わなければならない。範囲を画され評価方向を決定されたさまざまな量刑事情を互いに関連づけ、衡量することによつて、量刑において各々の事情がどの程度、重要度をもつのかを検討するのである。(iii) そして最後に、量刑要素の数量化 (Umwertung) を行うことになる。これは、問題となつてゐる犯罪行為が、法定刑の範囲内において相対的にどのような重さを有するのかを明らかにするという作業を経て、相対的な重さの幅の中の一点に位置づけることによつて実現されるのである。

かようにしてブルンスは——シュペンデルのいう「論理的量刑事由」を三分割し、さらに「目的的量刑事由」を量刑の第一段階に位置づけることによつて——量刑過程を①刑罰目的の決定②量刑事情の範囲の確定③量刑事情の評価方向の確定④量刑要素の比較衡量⑤量刑要素の数量化という五段階に分析したのである。¹⁹⁾

(3) 以上のようなドイツの諸見解をも参照しつつ、量刑過程における諸概念について改めて検討することにしよう。量刑過程において、判断の対象と、判断の方法とが必要とされることは、既にヴィムマーの見解に明らかである。ペータースも、判断の対象が存在することを前提として、それらを評価する方法に関わる諸要素を掲げたのであった。すなわちここでは、量刑に際して考慮されるべき個別的・具体的要素と、それらの諸要素を評価・判定するための一般的な原理ないし方法とが区別されるのである。我々は、前者を「量刑事情」、後者を「量刑基準」と呼ぶことができよう。シュペンデルの用語法に照らすならば、「事実的量刑事由」は「量刑事情」に、「目的的量刑事由」および「論理的量刑事由」は「量刑基準」に対応することになる。

右のような「量刑基準」と「量刑事情」の区別は、次節で概観する諸外国の量刑規定においても具体化されていると言えよう。例えば、ドイツ刑法四六条一項は「行為者の責任は、刑の量定の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与える期待しうる効果を考慮するものとする」と規定し、同条二項は「刑の量定に当たり、裁判所は、行為者にとって有利な事情および不利な事情を相互に比較衡量する。その際に、特に次のことを考慮する」として「行為者の動機及び目的」などの諸事情を列挙している。ここでは、明らかに一項の「量刑基準」と二項の「量刑事情」による対応関係が示されている。すなわち、二項に掲げられている個々の事情を、一項が規定する観点（＝判断の「方法」）に基づいて比較衡量し、それぞれの事案に応じた刑の量定を実現すべきことが要請されているのである。我が国の改正刑法草案四八条一項および二項についても同様に解せよう。²⁰⁾

もとよりブルンスが「論理的量刑事由」について行ったように、「量刑過程」をさらにいくつかの部分概念へと分析していくことも可能である。しかしそれは、本稿の以下の検討において明らかにされていくであろう。ここでは——その「前提的考察」として——量刑判断の「方法」と「対象」を区別しておくという意味で、「量刑基準」と「量刑事情」

の二分法を確認したのである。

(4) 我が国では、量刑上考慮すべき諸事情をしばしば「情状」と呼んでいる。

「情状」の語は、刑法典においても見られる。用例としては、執行猶予・再度の執行猶予の要件(二二五条一項・二項)、執行猶予の裁量的取消(二六条ノ二第二号)、仮出場(三〇条)、過剰防衛・過剰避難における任意的減免(三六条二項・三七条一項但書)、法律の錯誤における任意的減輕(三八条三項但書)、酌量減輕(六六条)、放火予備罪・殺人予備罪における任意的免除(一一三条但書・二〇一条但書)が挙げられる。

このように、現行刑法典中に見られる「情状」は、執行猶予に関する規定及び仮出場の規定を除けば、すべて法律上・裁判上の任意的(裁量的)減輕ないし免除事由に関するものである。同様の規定は、特別刑法中にも存在する(例えば、軽犯罪法二条)。しかし一方、特別刑法においては、「情状」が法律上の加重事由として機能していると見るべき場合がある。「情状」による懲役と罰金の併科(商法四九二条、有限会社法八〇条、森林法二二二条など)や、禁錮と罰金の併科(公職選挙法二五〇条一項など)、拘留と科料の併科(軽犯罪法二条、酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律四条二項など)がその例である。

以上見てきたように、「情状」という語は、刑の加重・減免の両方向に使われており、「事件の量刑判断を左右する因子を総称した包括的な観念⁽²⁾」と解することができる。従って、本稿の立場からすれば、先に見た「量刑事情」と「情状」はほぼ同じ内容を持つ語であると言えよう。ただ以下の論述においては、「情状」を「量刑事情」そのものの同義語として用いることは避け、原則として刑法典中の文言を指し示す場合にのみ用いることにする。

(13) Karl Peters, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960, S.169 Fußn. 343.

- (14) August Wimmer, Die Strafzumessungstatsachen im Prozeß, NJW 1947/48, S.126; ders., Bemerkung zur Revisibilität der Strafzumessung, NJW 1947/48, S.316
- (15) Günter Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S.191ff.; ders., Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 1964, S.1759ff.
- (16) Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß(Anm. 15), S.193ff.; ders., Die Begründung des richterlichen Strafmaßes(Anm. 15), S.1760.
- (17) Jescheck, a.a.O. (Anm. 9) S.782ff.; Vgl. Georg Hirsch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10.Aufl., 1979, §46 Rn. 3.
- (18) Bruns, a. a. O.(Anm. 9), S.613ff.; ders., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 243ff.
- (19) Bruns, Strafzumessungsrecht(Anm. 9), S.46ff.; ders., Grundprobleme des Strafzumessungsrechts, ZStW 94, 1982, S. 115.
- (20) 詳細は本稿第三章第二・三節参照。
- (21) 松尾・前掲論文(注4)三四三頁。

第二節 量刑基準の立法例

(1) ここでは、諸外国の刑法典において、量刑基準・量刑事情がどのように立法化されているかを概観しておくことにしよう。

量刑規定の立法形式として考えられる類型の中で最も単純なものは、量刑事情を列挙しておく方法であるが、これは諸外国においては必ずしも主流となっていない。多くの立法例では、量刑事情を種々掲げつつも、それらの事情を評価・判断するための一般的原則としての「量刑基準」を明示するに至っている。

量刑基準を構成する原理としては、大別して二種類のものを指摘できる。一つは、行われた犯罪の重さ（法益侵害の程度）ないし行為者の責任を基礎とした量刑を行うべきことを定めるもので、特に後者の場合はいわゆる「量刑における責任主義」²³を明らかにすることになる。立法例によっては、行われた犯罪の重さを「行為の社会的危険性」として把握するものや、犯罪の軽重と犯人の人格ないし犯罪性の両者に二元的に求めていくものなどがある。

もう一つの原理は、一般予防・特別予防といった刑罰目的に従った量刑を行うべきことを定めるものである。先に見た原理が——犯罪に応じた刑罰を科すべきであるという意味での——応報刑論に立脚するものと理解するならば、ここでの原理は目的刑論に基づいたものと考えることができよう²⁴。もつともその内容は多岐にわたり、一般予防又は特別予防のみを掲げる立法例も、また、この両者を掲げる立法例も存在する。

(2) 以上のような観点から、諸外国における量刑基準の立法例を分類するならば、次のような類型化が可能となろう。²⁵

① 量刑における責任主義を規定するとともに、個々の量刑事情を掲げるもの……スイス刑法六三二条²⁶、オーストリア刑法三二二条²⁷など。

② 量刑における責任主義を規定するとともに「刑罰目的」を考慮すべきものとし、さらに個々の量刑事情を掲げるもの……ドイツ刑法四六条²⁸。なお、我が国の草案四八条もこの類型に属すると言えよう。

③ 「行為の社会的危険性の程度」（と「犯人の人格的状况」）および「刑罰目的」を考慮すべきことを規定し、さらに個々の量刑事情を掲げるもの……ポーランド刑法五〇条²⁹、チェコスロバキア刑法三一条³⁰、ロシア共和国刑法三七条³¹など。

④ 「犯罪の軽重」および「犯人の犯罪性」を考慮すべきことを規定し、さらに各々につき量刑事情を掲げるもの……イタリア刑法一三三三条³²、ギリシア刑法七九条³³など。

⑤ 一般的量刑規定としては「刑罰目的」のみを掲げるもの……アメリカ法律協会模範刑法典一・〇二条、スウェーデン刑法第一章七条、ハンガリー刑法三七条など。

⑥ 一般的量刑規定としては量刑事情のみを掲げるもの……中国刑法五七条、デンマーク刑法八〇条など。

(3) ここで——法律として規定されたものではないが——右の諸規定とはかなり異なったアプローチを採る、合衆国連邦裁判所のための量刑ガイドライン (Sentencing Guidelines and Policy Statements for the Federal Courts) について見しておくことにしよう。

近年アメリカ合衆国においては、社会復帰 (rehabilitation) 思想の衰退と量刑に対する批判ないし不満を背景として、州レベルを中心に量刑改革の試みが活発化しているが、拘禁刑 (imprisonment) の量刑基準という点から特に注目されるのは、いわゆる推定的量刑ガイドライン (presumptive sentencing guideline) である。⁽⁹⁾ これは法律によって規定されたのではなく、法定刑の上限内で専門の独立行政委員会 (量刑委員会) に作成されたものである。通常、裁判所はガイドライン (犯罪の重大性と被告人の犯罪歴によって決定される) に従って量刑するが、特別の加重・減軽事情がある場合にはガイドラインから離脱できることになっている。

州レベルでは既にミネソタ、ペンシルベニア、ワシントンなどの量刑ガイドラインが公表されているが、連邦レベルでも包括的犯罪規制法 (一九八四年) に基づいて合衆国連邦裁判所のための量刑ガイドラインが作成された (一九八七年)。⁽¹⁰⁾ これによれば①被告人が犯した犯罪の種類・態様によって、まず四三段階にわたる犯罪レベル (offense level) — 量刑基準表の縦軸にあたる) のいずれかに位置づけられる。事例に応じて補正事項 (adjustments) を適用し、レベルを加重・減軽する。⁽¹¹⁾ ②次に被告人の前歴により六段階からなる犯罪歴カテゴリー (criminal history category) — 量刑基準表の横軸にあたる) のいずれかに位置づけられる。必要に応じて職業的犯罪者 (career offender) ないし犯罪による生

計 (criminal livelihood) の規定を適用し、レベルを調節する。⁴³ ③ 以上のようにして算定された当該犯罪レベルおよび犯罪歴カテゴリーに相応する量刑基準表の範囲 (上限・下限が示された拘禁刑の刑期) から、原則として宣告刑を選択するが、⁴⁴ 裁判所がさらに然るべき事情が存在すると判断した場合には、ガイドラインから離脱することが認められている。⁴⁵

(22) 安平博士は、かつて量刑基準の立法形式を次のように分類されていた (安平政吉「刑の量定の基準について」同「刑法理論の新展開」(昭和四二年)四二四頁以下)。① 量刑の基準を客観的な行為による法益侵害に求めるもの、② 量刑の指導原則を「責任主義」に求めつつ、この見地から量刑に際し特に考慮すべき「情状」としての主要事由をある程度に掲げたもの、③ 量刑の基準を行為の法益侵害性、すなわち「犯罪の軽重」を「犯人の犯罪性」との両者に二元併行的に求めるもの、④ まず「刑の適用上の基準」となる事由を列挙的に法文に示し、ついでそれらのうち「特に重要なもの」を指摘するもの、⑤ 量刑の問題をもって、主に「情状の点をどう処理するか」の範囲に限定して、量刑の基準則を単に情状に関してのみ規定するもの、⑥ 本質的には⑤に属するもので、量刑は構成要件の範囲内でこれを修正する事由を考慮することにあるとし、その修正する事由をどういう方向に認めるかが量刑の基準則定立の問題であるとする見地から、まず第一に「行為者の非難さるべき心意」と「行為者を非難することのできない原由」とに量刑の基準を求め、第二に右のような原由を列挙的に示すもの。

(23) もっとも、その内容をどのように構成するかについては争いがある。この点につき、本稿第三章第一節および第五節を参照。

(24) これについては、本稿第三章第一節を参照。

(25) 以下に見る立法例については、次の文献を参照した。

Lothar Schmidt, Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung, 1961: Jescheck, a.a.O. (Anm. 9) S.789ff.; Adolf Schönke = Hans-Heinrich Jescheck = Gerhard Kleinwiesing (Hrsg.), Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung (Zur Sammlung 2 冊々); Edmund Metzger = Adolf Schönke = Hans-Heinrich Jescheck, Das ausländische Straf-

recht der Gegenwart I—III.

なお個別的な参考文献ならびに条文の邦訳文献については各々の箇所に掲げた。また、条文の訳出に際しては、それらの邦訳を参照した。(一)内は公布年を示す。

(26) 《スイス刑法》(一九五〇年)

第六三条

裁判官は行為者の罪責(Verschulden)に応じて刑を量定する。裁判官は有責者の動機、前歴、個人的事情を考慮する。

Vgl. Schmidt, aaO. (Anm. 25) S.28ff. (条文の邦訳として、法務資料三八五号(昭和三九年)二八頁。)

なお六四条は減輕事情についてさらに具体的に規定している。

(27) 《オーストリア刑法》(一九七四年)

第三二条(一般的基本原則)

① 刑の量定の基礎は、行為者の責任である。

② 刑の量定に際しては、裁判所は、加重事由及び減輕事由を、それがすでに法定刑を決定していない限り、相互に比較衡量しなければならぬ。その場合には、法的に保護された価値に対して拒否するか若しくは無関心な行為者の態度に、どの程度所為を帰することができるか、又は、法的に保護された価値を伴う人をも所為に出でさせ得るような外部的事情若しくは動機に、どの程度その所為を帰することができるかを、とくに顧慮するものとする。

③ 一般的には、行為者にその責任があり又は行為者が招来したのではないがその者の負責がそれに及んだところの加害又は危険が大きければ大きいほど、それだけ厳格に刑を量定するものとし、同様に、行為者がその行為により違反した義務が大きければ大きいほど、行為者がその所為を充分に熟慮すればするほど、行為者がその所為を慎重に準備すればするほど、又は行為者がその所為を無思慮に実行すればするほど、また、所為に対して注意を払うことが少なかったとすれば少なかったほど、それだけ厳格に刑を量定するものとする。

Vgl. Eugen Serini, Das neue österreichische Strafgesetzbuch, SchwZStR 90, 1974, S.1ff.

(条文の邦訳として、法務資料四二三号(昭和五〇年)一三頁以下。)

なお、三三三条は特別の加重事由につき、また三四四条は特別の減輕事情につき詳細に規定している。

(28) 《ドイツ刑法》(一九七五年)

第四六条(量刑の原則)

① 行為者の責任は、量刑の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与えると期待しうる効果を考慮するものとする。

② 量刑に際しては、裁判所は、行為者に有利な事情および不利な事情を、相互に比較衡量する。その際に、特に次のことを考慮する。

行為者の動機及び目的、

行為によって表示された心情および行為に際して向けられた意思、

義務違反の程度、

実行の種類および行為の責めに帰すべき結果、

行為者の前歴、その一身のおよび経済的状态、ならびに

行為後の行為者の態度、特に損害を賠償するための努力および被害者と和解するための努力

③ すでに法律上の構成要件の要素となっている事情は、これを考慮してはならない。

(条文の邦訳として、法務資料四二四号(昭和五〇年)二〇頁。)なお、本稿第三章第四節一参照。

(29) 《ポーランド刑法》(一九六九年)

第五〇条

① 裁判所は、行為の社会的危険性の程度を考慮し、社会的作用の面における刑罰の目的と、刑罰が受刑者に対して達成すべき予防および教育目的を考慮して、法定の枠内で、自らの判断にもとづいて、刑を量定する。

② 第一項に規定した指標を考慮するにあたって、裁判所はとくに、犯罪行為によってひき起された損害の種類と大きさ、行為者の動機および行為の態様、その人格特性と条件、およびこれまでの生活行状、犯罪行為を行った後の態度、さらに、実行のとき年少者と共同したかどうか、を考慮に入れる。

Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, *Das neue deutsche Strafrecht im Vergleich mit dem polnischen Recht*, ZStW 88, 1976,

S.466ff.

(30) (条文の邦訳として、石原明「中山研一訳「ポーランドの新刑法典(一)」神戸学院法学三卷一号(昭和四七年)一三六頁。)<チェコスロバキア刑法>(一九六一年)

第三十一条

① 刑の種類と量を決定するに当たって、裁判所は、犯罪の社会的危険性の程度(三条四項)、犯人の矯正可能性および彼の人格的状況を考慮する。犯人の矯正について公共団体の保証が裁判所に提起された場合には、裁判所は集団の教育的影響力を考慮し、この点を考慮した上で刑罰を科すものとする。

② 刑の種類と量を決定するに当たって、裁判所は、次の点を考慮する。

(a) 共同正犯の場合には、さらに、各共同正犯者の行為が犯罪の実行に寄与した程度。

(b) 組織者、教唆者および帮助者の場合には、さらに、犯罪実行への彼等の関与の意味と性質。

(c) 犯罪の予備および未遂の場合には、さらに、犯人の行為がどの程度犯罪の完成へと接近したか、および犯罪が既遂にいたらなかった事情とその原因。

③ (略)

Vgl. Siegfried Lammich, Die Sanktionen des tschechoslowakischen Strafgesetzbuches und ihre Anwendung, ZStW 95, 1983, S.499ff.

(条文の邦訳として、法務資料三九一号(昭和四〇年)一八頁。)

なお、第三三条は減輕事情につき、第三四条は加重事情につき規定する。

(31) <ロシア共和国刑法>(一九六〇年)

第三七条(量刑の一般原則)

裁判所は、実行された犯罪に対する責任を規定した本法典各則の条項に定められた範囲内で、ソ連邦及び共和国刑事立法の基礎並びに本法典総則の規定に正確に従って刑を量定する。裁判所は刑を量定にするにあたり、社会主義的法意識を指針とし、実行された犯罪の社会的危険性の性格及び程度、犯人の人格、責任を減輕又は加重する事件の事情を考慮する。

Vgl. Reinhart Maurach, Neuere kriminalpolitische Tendenzen im sowjetischen Strafrecht, ZStW 82, 1970, S.239ff.

(条文の邦訳として、法務資料四四二号(昭和五七年)二五頁。)

なお、三八条は責任を減輕する事情につき、三九条は責任を加重する事情につき規定している。

(32) 《イタリア刑法》(一九三〇年)

第一三二条 (刑の適用における裁判官の裁量権、限度)

法律の定める限度内において、裁判官は、裁量によって刑を適用する。裁判官は、この裁量権の行使を正当とする理由を示さなければならない。

法律に特別の規定がある場合を除いて、刑を加重し又は減輕するときは、刑の各種類について定める限度を超えることができない。

第一三三条 (罪の軽重、刑の効力の評価)

前条の裁量権を行使するに当たり、裁判官は、次の事由により罪の軽重を考慮しなければならない。

- 一 行為の性質、種類、方法、客体、時、場所その他すべての態様
- 二 罪の被害者に生じた損害又は危険の軽重
- 三 故意の強度又は過失の程度

裁判官は、更に次の事項につき、犯人の犯罪能力を考量しなければならない。

- 一 犯罪の動機及び犯人の性格
- 二 刑事上及び裁判上の先例並びに一般にその罪に先出つ犯人の行状及び生活
- 三 その罪の当時又は事後の行状

四 犯人の個人的、家庭的又は社会的な生活事情 [刑法二〇三条二項]

Vgl. Schmid, a.a.O. (Anm. 25) S.53ff. Emilio Dolcini, Probleme der Strafzumessung in Italien, ZStW 94, 1982, S.373ff. (条文の邦訳として、法務資料四三三三号 (昭和五三年) 七二頁以下。)

(33) 《ギリシア刑法》(一九五〇年)

第七九条 (量刑)

- ① 刑の量定にあたって、裁判所は法定刑の範囲内で行為の重さと行為者の人格を考慮する。
- ② 行為の評価にあたって、裁判所は次の事情を考慮する。

- (a) 行為から生じた損害、および行為により惹起された危険性
- (b) 犯罪行為の性質、種類、目的ならびに予備、実行、時間、場所、手段、実行の種類および方法に付随するあらゆる事情
- (c) 犯罪者の故意の強度ないし過失の程度

③ 行為者の人格の評価にあたって、裁判所は行為によりあらわれた行為者の犯罪的傾向を考慮すべきである。特に、次の事情を考慮すべきである。

- (a) 行為者が行為を決意した原因、ならびに彼が有した動機および目的
 - (b) 行為者の性格および発達段階
 - (c) 行為者の人的・社会的関係および彼の経歴
 - (d) 行為後の態度、特に外部にあらわれた悔悟および行為の結果を回復する意思。
- ④ (略)

Vgl. Sammlung, Nr. 59, 1953, S.17.

(34) 《アメリカ法律協会模範刑法典》(一九六二年)

第一・〇二条(目的、解釈上の原則)

〔一部〕

- (2) 刑の適用及び犯罪者の処遇に関する規定の一般的な目的は、次のとおりである。
 - (a) 犯罪の遂行を防止すること。
 - (b) 犯罪者の矯正及び改善を促進すること。
 - (c) 犯罪者が過重又は恣意的な処罰を受けないように保障すること。
 - (d) 有罪認定に基づいて言渡される刑の性質について相当な警告を与えること。
 - (e) 適正な処遇の個別化という観点から犯罪者を分類すること。
 - (f) 犯罪者の取扱いを担当する裁判所、行政官及び行政機関の権限、義務及び機能を明らかにし、相互間の協力及び調整をはかること。

(g) 犯罪者に対する刑の言渡及び処遇について、一般に承認された科学的な方法及び知識の利用を促進すること。
(h) (略)

Vgl. American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, Part I, S.13ff.

(条文の邦訳として、法務省刑事局・刑事基本法令改正資料第八号(昭和三九年)二頁以下。)

なお、第七章においては、拘禁刑の言渡の留保・罰金刑などに関する詳細な量刑事情が規定されている。

(35) 《スウェーデン刑法》(一九六五年)

第一章第七條

制裁を選択するにあたり、裁判所は、一般の法律遵守を維持するために必要な事項に留意しつつ、制裁が判決を受けた犯罪者の社会復帰に役立つものであるように特に配慮しなければならない。

Vgl. The National Council for Crime Prevention, The Swedish Penal Code, 1984, S.7. (条文の邦訳として、法務資料四〇

六号(昭和四三年)六頁。)

(36) 《ハンガリー刑法》(一九七八年)

第三七條「一部」

刑罰の目的は、犯罪者又は他の者による犯罪の遂行から、社会を保護することにある。

Vgl. Ministry of Justice of the Hungarian People's Republic, Act IV of 1978 on Criminal Code, S.56.

(37) 《中国刑法》(一九七九年)

第五七條

犯罪者に対する刑罰を決定する時には、犯罪の事実・犯罪の性質・情状及び社会に対する危害の程度に基づき、本法に關係ある規定に照らして判決を言い渡さなければならない。

(江英居『中国刑法——原文読解と注釈——』(昭和六〇年)七二—七五頁による)

(38) 《デンマーク刑法》(一九三〇年)

第八〇條「一部」

① 刑の量定にあたっては、犯罪行為の軽重および危険性、行為者の前歴、年齢、犯罪前後の態度、外部にあらわれた

犯罪的心情の強度、行為の動機を考慮すべきである。

Vgl. Sammlung, Nr. 62, 1953, S.22.

- (39) われらの点に関する文献は多いが、わつては、もしもたり Mervin Frankel, Criminal Sentences, Law Without Order, 1973; Robert Martinson, What Works?—Questions and Answers about Prison Reform, 36 Public Interest 22, 1974; Twentieth Century Fund, Task Force on Criminal Sentencing, Fair and Certain Punishment, 1976; Andrew von Hirsch, Doing Justice: The Choice of Punishment, 1976; Michael H. Tonry, Criminal Law: the missing element in sentencing reform, 35 Vanderbilt Law Review 3, 1982; Francis A. Allen, The Decline of the Rehabilitative Ideal, Penal Policy and Purpose, 1981; Ken Pease and Martin Wasik, Sentencing Reform, 1987などを参照。我が国の文献として、松本時夫「アメリカにおける量刑をめぐる動き」アメリカ法「一九八二・二」一四九頁以下、榎本正也「アメリカ合衆国における最近の量刑改革」法務総合研究所研究部紀要（刑事政策研究）二八号（昭和六一年）二二三頁以下などがある。

- (40) このようなガイドラインは、前掲「Task Force on Criminal Sentencing (注39)」において既に提案されていた。

- (41) United States Sentencing Commission, Sentencing Guidelines and Policy Statements (April 13, 1987). 紹介として、横溝秀樹「合衆国連邦裁判所のための量刑ガイドラインと量刑指針（その一・その二）」西南学院大学大学院論集六号（昭和六三年）八九頁以下、同七号（平成元年）一一二頁以下、篠塚一彦「合衆国連邦ガイドライン」上智法学論集三巻三号（昭和六三年）一一一頁以下がある。さらに、林幹人「合衆国連邦量刑法の改正」警察研究五七巻一〇号（昭和六一年）一七頁以下、岡部泰昌「アメリカ量刑法改革の概要」阪大法学三九巻三〇四号（平成二年）四八七頁以下、菊田幸一「アメリカにおける量刑改革と犯罪者対策（正・続）」法律論叢六三巻四〇五号（平成三年）一四一頁以下、同六号（平成三年）一頁以下、同「連邦量刑ガイドラインとその後の状況」法律時報六三巻八号（平成三年）四八頁以下参照。合衆国の連邦・州における量刑改革については、中村秀次教授による一連の労作がある。中村秀次「刑の量定——アメリカを中心とした量刑改革概観」熊本法学六〇号（平成元年）五五頁以下、同「刑の量定——インディアナ州の量刑改革の検討」同六一号三七頁以下、同「刑の量定——カリフォルニアの定期量刑法について（一）（二・完）」同六三号（平成二年）一頁以下、同六四号（平成二年）四三頁以下、同「刑の量定——アメリカ量刑改革におけるオレゴン・パロール方式」同六六号（平成二年）一頁以下、同「刑の量定——ニューヨーク州における量刑改革の問題」同六八号（平成三年）一頁以下、同「刑の量定——ミネソタ量刑委

員会の指針方式」同六九号(平成三年)一頁以下、同「刑の量定——合衆国量刑委員会の連邦量刑指針」同七二号(平成四年)五五頁以下参照。

(42) 補正事項(第三章)には、被害者に関わる事情(加重)・犯罪における被告人の役割(加重・減輕)・被告人による訴訟妨害(加重)・被告人による責任の認容(減輕)などがある。

(43) 被告人が「職業的犯罪者」(犯行時一八才以上で、当該犯罪が暴力的犯罪・禁制品の密売取引であり、かつ以前にこれらの犯罪につき二度以上有罪判決を受けていた場合)であるときには一定の高い犯罪レベル及び犯罪歴カテゴリーが選択される。また、被告人の「生計における犯罪への依存度」が高い場合(犯罪から自己の収入の大部分を得るために当該犯罪を繰返した場合)にも、一定の高い犯罪レベルが与えられる(第四章A・B)

(44) 一定の刑期について、プロベーション保護観察付き釈放(supervised release)などを適用する(第五章B・D)。

(45) 離脱の事情には、当局への相当な協力・死や傷害の結果・著しい精神的被害・被害者の行為などが掲げられているが、これらに限定されるものではない(第五章K)。但し、人種・性別・国籍・信条・宗教・社会経済的地位は刑の決定に際して考慮してはならないと規定されている(第五章H)。

(46) なお、量刑委員会の合憲性の問題について、鈴木義男、岡上雅美「アメリカ合衆国量刑委員会制度とその合憲性」ジュリスト九八六号(平成三年)六四頁以下参照。

第三節 判例の概観

(1) 判例上量刑基準や量刑事情そのものが問題となった事例は少なくない。もともと一般的に言えば、判例は「量刑の裁量性を強調し、たとえば量刑事情についてもその範囲を極めて広く考える傾向にあった」のであり、このことは「量刑理由の説明を有罪判決の内容と明定せず(三三五条)、量刑不当を控訴理由としている、刑事訴訟法の姿勢自体に関

わっている^⑤」という指摘もある。しかし、先にも述べたように、量刑の「裁量性」が主観的恣意性を意味するものであつてはならず、法的吟味の対象となりうるだけの客観的合理性を有するものでなければならぬことは明らかである。以下においては、本稿の問題関心から、特定の事情を量刑上考慮することが妥当か否かについて我が国の判例がどこまで合理的判断を行おうとしているかを概観してみよう。^⑥

(2) 個別的な量刑事情に入る前に、一般的量刑基準が示されている判例を見ることにする。

〔一〕 最大判昭和二三年一〇月六日刑集二卷一―一七五頁。

「憲法第一四条は、すべての国民が人種、信条、性別、社会的身分又は門地等の差異を理由として政治的、経済的又は社会的關係において法律上の差別的処遇を受けないことを明らかにして、法の下に平等であることを規定したものである。しかるに犯人の所罪は、かかる理由に基づく差別的処遇ではなく、特別予防及び一般予防の要請に基いて各犯罪各犯人毎に妥當な処置を講ずるのであるから、その処遇の異なることのあるべきは当然である。事実審たる裁判所は、犯人の性格、年齢及び境遇並に犯罪の情状及び犯罪後の状況等を審査してその犯人に適切妥當な刑罰を量定するのであるから、犯情の或る面において他の犯人に類似した犯人であってもこれより重く処罰せられることのあるのは理の当然であり、これを目して憲法第一四条の規定する法の平等の原則に違反するといふことはできない。」

本判決は、事実審裁判所が犯情の差異により共同被告人の一人を他の被告人より重く処罰しても憲法一四条（法の下の平等）に違反しないとしたものである。ここで示された量刑基準に関する一般の見解は、個別的な量刑事情を量刑上考慮することの当否が争われた諸判例にも影響を与えることになる。その後、下級審でも一般的な量刑基準が示されている。

〔二〕 仙台高判昭和二四年四月三〇日高等裁判所刑事判決特報一号一頁。

「刑の量定に当っては、単に犯罪の内容を検討するばかりでなく被告人の性格、年齢、経歴、境遇、犯行の動機、犯行後の情状等諸般の事情を考量しなければならないことは勿論であつて、もし、これらの事情の大部分を無視して量刑するならば之

は法律上不当な量刑といわなければならぬ。いま本件について見ると、原審は被告人に対して、懲役十月及び罰金二千円の刑を言い渡したのであるが、記録によると、原審は、事案の審査としては、被告人の人定訊問と、公訴事実そのものについての取調を行ったに止り、被告人の教育程度、経歴、家庭、資産、生活の状況、本件犯行の動機、本件赃物の処分、それに因る利得如何の点については、何等触れる所のなかつたことが明白である」として、原判決を不当な量刑であると、破棄差戻した。

判決〔2〕は、量刑にあたって考慮すべき諸事情を列挙し、しかもそれらの事情の大部分を無視して量刑するならば法律上不当な量刑といわなければならぬとすることによって、抽象的・一般的な「量刑基準」を示したものと解しう。列挙されている量刑事情の範囲も、草案や学説において主張されているものとほぼ軌を一にしていると見えよう。もっとも、本判決から三年後に、東京高裁によって次のような判断が示された。

〔3〕 東京高判昭和二十七年二月九日高裁判特報二九号三〇頁。

「刑の量定に当っては単に犯罪の内容を検討するだけでなく、被告人の性格、年令、境遇、犯罪後の状況等諸般の事情を考慮すべきであることも亦所論のとおりである。しかし被告人の教育程度、経歴、家庭、資産、生活状況等は被告人の智能、性格、境遇等を知る手がかりとなる事項であるが、如何なる種類の被告事件でも必ずこれを一々詳細に取り調べなければ情状を判断することはできないというものではない。本件のような公職選挙法違反被告事件においては、犯罪の情状の外に、被告人の年令、職業、選挙権の有無、前科の有無等を調査すればこれによって自ら被告人の智能、性格、境遇等も大体推知できるから被告人の情状に関する調査としては相当であると認めべきところ、原審はこれらの点は取り調べているのである。而して右被告人等三名の本件犯罪の情状に原審が取り調べた右情況を総合判断すれば原審の量刑は相当である」として控訴棄却した。

本判決は、一般的に考慮すべき量刑事情としては、右の判決〔2〕とほぼ同様のものを掲げつつ、「如何なる種類の被告事件でも必ずこれを一々詳細に取り調べなければ情状を判断することはできないというものではない」として、犯罪類型によって調査すべき事情の種類が異なつてくることを認めている。しかし「被告人の年令、職業、選挙権の有無、

前科の有無等」と「被告人の智能、性格、境遇等」がどのような関連性を有するのかが必ずしも明らかでなく、このように解することで判決「2」が「これらの事情の大部分を無視して量刑するならば之は法律上不当な量刑といわなければならぬ」と判示した意義が減殺されてしまうおそれもある。

(3) そこで、個別的な量刑事情の代表的なものとして、被告人の「前科」を考慮することの当否が争われた判例を見てもみよう。

前科を量刑上考慮に入れてよいことは、既に大判大正一三年二月一日刑集三卷五三頁が「法律ノ範圍内ニ於テ刑ヲ量定スル場合ニハ刑ノ輕重ニ対応スル諸般ノ情状ハ總テ參酌スヘキモノナルヲ以テ被告ノ前科ノ如キモ亦事實承審官ニ於テ考慮スヘキ一ノ資料タリ蓋シ前科ハ之ニ徴シ被告ノ性行ヲ知ルコトヲ得ル一端ニシテ被告ノ性行如何ハ刑ヲ量定スルニ付參酌スヘキ事情ノ一ニ屬スルハナリ」としていた点に見られた。最高裁においては、まず、累犯加重の規定が二重の危険の禁止（憲法三九条）に反しないか否かが争われた。最大判昭和二四年一二月二一日刑集三卷一〇六二頁は、本規定は「前犯に対する確定判決を動かしたり、或は前犯に対し、重ねて刑罰を科する趣旨のものではない」という理由から憲法三九条には反しないと^④した。その後、累犯には含まれない前科について、最高裁は次のような判断を示した。

〔4〕 最大判昭和二五年三月一五日刑集四卷三三三六六頁。

「原審が所論の如く被告人が執行猶予の判決を受け、該判決が昭和二三年六月五日に確定したことを判文に記載したのは被告人の判示第一の犯行につき刑法四五条、四七条、一〇条を適用して刑の量定をするとともに、これと判示第二の犯行とが併合罪の關係にないことを明示する必要上当然為すべきことをしたのであって、前の確定判決に判示された犯行につき再び審理裁判したものでなく右確定判決の効力を動かすこともないから憲法三九条に違反するものではない。又人種、信條、社会的身分又は門地により差別をするのではないから憲法一四条に違反するものでもない。なお刑法の定むる処に従い諸般の事情を

考慮して刑の言渡をすることが憲法一三条に違反するものでないことでもない。」

〔5〕 最判昭和二五年五月三〇日刑集四卷五号八八九頁。

「論旨は、原審が本件犯罪につき刑を量定するに當つて、すでに一四年を経過している被告人の前科を考慮に入れて重く罰したのとは刑法第三四條ノ二に違反するものであるが、原審が所論のような前科を考慮に入れて被告人を重く罰した事實は記録上認められないので、所論は結局原審の自由裁量に委ねられている刑の量定を非難するに帰着し上告の適法な理由に当らない。また、被告人の前科が刑の言渡の効力を失つたということは法律上の効果の問題であつて、被告人が以前に犯罪により処罰されたという事實は消滅するものでないから、原審がその事實を審問したからといって違法ということではない。」

判決「4」は(i)執行猶予中の者であることを判決文に記載することが憲法三九條に違反しないこと、および(ii)「刑法の定むる処に従い諸般の事情を考慮して刑の言渡をすること」が憲法一三條(個人の尊重)に違反しないことを判示している。(i)の点の理由づけは基本的には累犯規定に関する前掲昭和二四年判決に依拠し、それを累犯には属さない前科にまで拡大したものと見えよう。(ii)の点については特に理由づけがなされていないが、おそらく判決「1」に基づき、憲法一四條のみならず一三條に照らしても諸般の事情を考慮して行つた量刑の合憲性が明らかである旨を示したものと考へられる。

一方判決「5」は、前刑の言渡しが失効した場合でも、それは法律上の効果の問題であつて、被告人が以前に処罰されたという事實は消滅しないから、右事實を審問しても刑法三四條ノ二(刑の消滅)には違反しないとした。この点を、憲法一三條・一四條との関連で問題としたのが、次に掲げる判決「6」である。

〔6〕 最判昭和二九年三月一一日刑集八卷三号二七〇頁。

「所論刑法三四條ノ二に『刑ノ言渡ハ効力ヲ失フ』とあるのは、刑の言渡しに基く法的効果が将来に向つて消滅するという趣旨であつて刑の言渡を受けたという既往の事實そのもの(例えば、刑法四五條にいわゆる、或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキ)まで全くななくなるといふ意味ではない。そして、被告人が、所論の罰金刑に処せられたという事實その他被告人の経歴、

性格、年令及び境遇並びに犯罪の情状及び犯罪後の情況等を考察、参酌して、各犯罪、各犯人毎に適切妥当な刑罰を量定するのは当然であつて、憲法一三条、一四條に違反しないことは、当裁判所大法院屢次判例の趣旨とするところである。(判例集二卷一―号二二七五頁以下、同四卷三号三六六頁以下判決参照。)それ故、所論は、採用できない。」

本判決は、前掲判決「1」および「5」を引用しつつ、「5」と同様に前刑の言渡が失効した場合に刑の言渡の事実そのものを量刑上考慮することは憲法一三条・一四條に違反しないとした。その理由は、諸般の事情を「考察、参酌して、各犯罪、各犯人毎に適切妥当な刑罰を量定するのは当然で」あるとすることによる。その後、最判昭和三二年六月一九日刑集一一卷六号一六九五頁は、判決「5」を踏襲している。

(4) 次に、起訴されていない犯罪事実(いわゆる「余罪」)を量刑事情として考慮することが許されるのかという問題に関する判例を見てみよう。

この点について、下級審判例は、積極説に立つものと消極説に立つものとに分かれていた。その根拠づけは必ずしも明確に示されていたわけではなかったが、最高裁は、昭和四年の大法院判決において、次のような見解を明らかに至った。

〔7〕 最大判昭和四一年七月二三日刑集二〇卷六号六〇九頁。

「刑事裁判において、起訴された犯罪事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することは許されないものと解すべきである。ただし、右のいわゆる余罪は、公訴事実として起訴されていない犯罪事実であるにかかわらず、右の趣旨でこれを認定考慮することは刑事訴訟法の基本原理である不告不理の原則に反し、憲法三一条にいう、法律に定める手続きによらずして刑罰を科することになるのみならず、刑訴三一七條に定める証拠裁判主義に反し、かつ、自白と補強証拠に関する憲法三八條三項、刑訴法三一九條二項、三項の制約を免れることとなるおそれがあり、さらにその余罪について起訴され有罪の判決を受けた場合は、既に量刑上責任を問われた事実について再び刑事上の責任を問われることになり、憲法三九條にも反することになるからである。

しかし、他面刑事裁判における量刑は、被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものであるから、その量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない（もとより、これを考慮する程度は、個々の事実ごとに合理的に検討して必要限度にとどめるべきであり、従つてその点の証拠調にあつても、みだりに必要な限度を越えることのないよう注意しなければならぬ）。このように量刑の一情状として余罪を考慮するのは、犯罪事実として余罪を認定して、これを処罰しようとするものではないから、これについて公訴の提起を必要とするものではない。余罪を単に被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として考慮することは、犯罪事実として認定し、これを処罰する趣旨で刑を重くするのは異なるから、事実審裁判所としては、両者を混淆することのないよう慎重に留意すべきは当然である。」

本判決においては、次のような重要な基準が示されている。すなわち、①起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、被告人を重く処罰する場合と②量刑のための一情状として（単に被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として）いわゆる余罪をも考慮する場合とに類型化し、①は不告不理の原則、適正手続の保障（憲法三一条）、証拠裁判主義（刑訴法三二七条）、補強法則（憲法三八条三項、刑訴法三一九条二項・三項）、二重の危険の禁止（憲法三九条）に反することになり違憲・違法であるが、②は「すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべき」であるという量刑の本質からみて適法であるとしたのである。そして、当該事例は②にあたるとして違憲・違法であるとする主張を却けたのであった。この四一年判決の基本的立場は、その後最大判昭和四二年七月五日刑集二一巻六号七四八頁⁵⁵によつても受け継がれ、この事例においては①の場合にあたる⁵⁶ことが指摘されたのである。最高裁判例は、その後も、これらの判決の立場を踏襲している。

(5) 以上概観した若干の事例からも明らかなように、判例においては、当該犯罪に関する事情はもとより、被告人の

「情状」を推知する資料となる事情はすべて考慮し、「裁判所が法定刑の範囲内において適当に決定すべきもの」であるという、極めて包括的な量刑基準が示されているに過ぎない。すなわち、憲法上・刑事訴訟法上の諸原則に反しない限りは、あらゆる要素を「量刑事情」に含ませることが許されていると評せよう。余罪の問題にしても、被告人の「情状」に関する一資料とするために考慮すること自体は、当然の前提として認められているのである。このことの可否は別にしても、少なくともそこでは、刑法理論との関連で、「当為としての量刑基準」を確立し、量刑事情の範囲を確定しているという態度は見られない。換言すれば、量刑実務に刑法理論的基礎づけを与え、客観的合理性を備えさせようとする姿勢を看取することはできないのである。刑法学の視点から量刑基準・量刑事情を検討すべき必要性は、判例において一層顕著に現れていると言わなければならない。

(47) 久岡康成「量刑」ジュリスト五〇〇号（昭和四七年）四五〇頁。なお、同「犯罪の嫌疑と刑の量定」立命館法学九五号（昭和四六年）六七頁以下参照。

(48) なお、「犯罪後の態度」に関する判例については第四章第三節で概観する。

(49) 最判昭和二年一月二四日刑集四卷一号五四頁は、刑法五六条は憲法一四条に違反しないとした。

(50) なお、最判昭和二年五月四日刑集四卷五号七五六頁は、「刑の量定については、事実審裁判所において、犯人の性格、年齢及び境遇並びに犯罪の情状及び犯罪後の状況を考察し、特に犯人の経歴、習慣その他の事項をも参酌して適当に決定するところに委かされている」として、被告人が別事件で有罪判決を受け、控訴中であるとしても、右の事実を量刑に参酌することは、無罪と推定さるべき事実を有罪のものとして量刑に参酌した違法があるとはいえないとした。

(51) 札幌高判昭和二年一月一日高裁判決特報一八号一頁、東京高判昭和二年八月一〇日高裁判決特報二号一六九頁、札幌高判昭和二年四月二五日高裁判決特報三二二号六八頁、高松高判昭和三年一月一日高裁判決特報二卷二二号一〇三頁など。

(52) 札幌高判昭和二六年一月一九日高裁判決特報一八号六四頁、東京地決昭和三九年二月二日下刑集六卷一一〇一五四九頁、大阪高判昭和四〇年五月八日高刑集一八卷三号二二頁など。

(53) なお、松岡・前掲書(注6)一一二頁以下参照。

(54) 本件第一審では、被告人(郵便局員)は現金封入の普通郵便四通(現金一一六〇〇円、郵便切手等封入)を窃取したとして懲役一年六月・執行猶予五年の判決を受けた。控訴審においては、被告人が本件犯行以前にも約六ヶ月多数回にわたり同様の犯行を重ね、それによって得た金員を飲酒等に使用していたことが考慮され、破棄自判(懲役一〇月の実刑)となった。

(55) 本件第一審では、被告人(郵便局員)は郵便物二九通(現金七八八〇円、切手六八四円封入)を窃取したものであるが、それ以前にも一三〇回にわたり同種の犯行を重ねたという事実が余罪として考慮されて、懲役一年二月に処された。控訴審は、本件における余罪の考慮は①の類型にあたるとして、原判決を破棄し被告人を懲役一〇月に処した。最高裁も、第一審が「被告人の犯行は、その期間、回数、被害数額等のいずれの点よりしても、この種の犯行としては他に余り例を見ない程度のものであったことは否定できないことであり、事件の性質上量刑にあたって、この事実を考慮に入れられない訳にはいかない」と判示したのを、実質上処罰する趣旨で重い刑を科した違法な場合にあたるとした。これと同旨の判例として、東京高判昭和四二年九月二六日高刑集二〇巻五号六〇一頁参照。

(56) 最決昭和四五年六月一日刑集二四巻六号二五三頁、最決昭和五九年九月七日判例タイムズ五四六号八二頁など。最高裁判例の動向については、安富潔「余罪と量刑——最高裁大法廷判決後の裁判例を中心として——」法学研究六〇巻二号(昭和六三年)二一九頁以下参照。

なお、大阪高判昭和六〇年六月二一日判例時報一一六三号一六一頁は、覚せい剤取締法違反等被告事件において、起訴されていない覚せい剤譲渡の事実と言及した原判決の量刑理由に関する説示は、「起訴されざる犯罪を余罪として認定し処罰する趣旨であるとの疑いを招きかねず、少なくともはなはだ適切を欠くものであるとの非難を免れ難い」としている(もつとも、原判決の量刑は是認されている)。

第三章 当為としての量刑基準

本章では、量刑において具体的な刑罰はどのような一般原理によつて導かれるべきか、という評価の「方法」を明らかにする。まず、議論の出発点を確認し、この問題に関する従来の理論状況を検討したうえで、「当為としての量刑基準」について本稿の立場を示すことにしたい。

第一節 序論——刑罰理論と量刑基準の関係——

(1) 「量刑の問題は、刑法理論の縮図である。近代派と古典派との対立は、ここでもはっきりとした対立を示すことになる」¹⁾ という団藤博士の言葉にもあらわれているように、量刑基準を解明するにあたっては、まず刑法理論、とりわけ刑罰理論における刑罰の「正当化根拠」をめぐる議論から出発することが不可欠の前提となる。すなわち、「なぜ」刑罰は正当とされるのかという根拠の問題は、「どの程度の」刑罰が正当とされるのかという根拠の問題でもあり、刑罰の正当化根拠についての対立は、刑の法定や執行についてだけでなく、刑の量定についても貫かれるべきなのである。これは、「立場の相違をこえて、共通に認識されている」²⁾ ことであると言えよう。

(2) 一九世紀後半から今世紀にかけて展開された「学派の争い」は、刑罰理論については「応報刑論」対「目的刑論」という基本的な対抗軸を有していた。前者が、刑罰権の法的根拠をもつばら正義の要求・道義的必然性に求めて「犯罪が行われたから罰せられる (Punitur, quia peccatum est.)」と説く絶対説 (absolute Theorie) の所産として、犯罪に対す

る応報である刑罰を科することそれ自体に意義を認めていたのに対し、後者は、有用性・合目的性に刑罰権の法的根拠を求めて「犯罪が行われないように罰せられる (Punitur, ne peccetur)」と説く相對説の所産として、他の目的に対する手段としてのみ刑罰の存在意義を認めていた。³ もっとも、古典学派と近代学派の対立において、古典学派が直ちに絶對説に結びつきうるものではなかったことは、例えば古典学派の代表であるフイエルバッハ (Paul Johann Anselm von Feuerbach) の心理強制説 (psychologische Zwangstheorie) が明らかに相對説の立場を前提としていたという事実知らわれている。⁴

争いはその後、両学派を止揚するという方向に収束されていった。刑罰権の法的根拠を正義および合目的性にあるとし、「犯罪が行なわれたから、そして犯罪が行われないように罰せられる (Punitur, quia peccatum est, ne peccetur)」と主張する統合説 (Vereinigungstheorie) や、刑罰の法定・量定・執行の三段階に依じて、それぞれ応報・法の確証・目的刑を指導理念とする分配説 (Verteilungstheorie) は、いずれもこのような「止揚の試み」に他ならなかったのである。なかでも統合説 (併合説) は、正当な応報の枠内で一般予防・特別予防といった目的を認めていく立場として、今日のドイツにおいても通説的見解であるといつてよい。⁵

(3) ここで重要なのは、刑罰の正当化根拠についてある立場をとることが、その論理的帰結として、量刑基準についてはどのような立場をとることになるのか、という点である。

きわめて図式的に表現するならば、応報刑論の立場からは犯人の責任に応じた刑罰が要求され、目的刑論の立場からは一般予防ないし特別予防目的に奉仕する刑罰が要求されることになる。しかし、現在では、後に見るようにならずに一方の立場を厳格に貫く見解が少なくなり、両者の要請を共に取り入れようとする見解が主流となっている。従ってその場合には「犯人の責任に應ずる」ということと「予防目的に奉仕する」ということをどのように関連づけていくか

が重要となってくるのである。

(4) ところが、我が国の諸草案やドイツの立法例などにおいては、量刑基準として——右に見た刑罰理論からのアプローチと並行して——さらに「責任主義」が強調されてきた。「責任なければ刑罰なし」という言葉で表されるこの原則は、元来、犯罪論の領域において、少なくとも故意または過失のない行為は犯罪として処罰してはならないことを意味していた。そして、責任が程度を付し得る概念であるとすれば、責任は処罰の可否だけでなく、処罰の程度をも規制すべきことになる。そこから刑罰論、特に量刑論の領域でも、刑罰の程度・分量は責任に程度・分量に従うという原則が導かれたのである。量刑における責任主義の意義を右のように理解し、それを厳格に貫くならば、刑罰の程度・分量は責任の程度・分量のみによって決まり、他の考慮を入れる余地はないことになる。これは、応報刑論を徹底する見解に通じよう。「責任主義は、もともとこの応報思想の土台の上に成長したものである」とされるゆえんである。しかし現在の通説の見解は、量刑における責任主義を維持しつつも、純粹な応報刑を主張せず、既述のように予防目的をも考慮しようとする。従ってここでも、責任主義と一般予防・特別予防目的との調整、すなわち責任主義と「目的主義」(≡予防)をいかに関連づけるかが問題となるのである。このことは、元來応報思想の上に成長してきた責任主義について、「いまやそれを応報論的に理解すべきか、それとも目的刑論的に構成するか」の問題でもあると言つてよい。さらに見方を変えれば、本稿第一章においても述べたように、犯された犯罪に対する非難という意味での回顧的な原理と、将来の犯罪の予防という意味での展望的な原理との調和点をどこに求めるのか、という問題ともなる。

(5) このように、現在の量刑基準論にとっては、量刑における「責任」と「予防」の内容をいかに構成し、関連づけていくべきかが最大の課題となる。この点については本章の第五節で総合的に検討することとし、次節ではまず、そこに至る議論の出発点として、我が国における従来の刑罰理論が量刑基準をどのように理解してきたのか、その状況を把

握することによろう。

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論』〔第三版〕(平成二年) 五四一—五四二頁。
- (2) 中山研一『刑法総論』(昭和五七年) 五六七頁注(3)。
- (3) 刑罰理論に関する文献は多いが、ここでは齊藤誠二「刑罰の正当性をめぐって(上)(中)」犯罪と非行三一(昭和五二年)一頁以下・同三三(昭和五二年)一一頁以下、平場安治「社会的機能から見た刑罰理論」法学論叢一〇一卷二(昭和五二年)三頁以下、澤登俊雄「現代における刑罰の本質と機能」石原一彦・佐々木史朗・西原春夫・松尾浩也(編)『現代刑罰法大系1』(昭和五九年) 三五頁以下などを参照。いわゆる「学派の争い」を刑罰理論の側面から概観するものとして、大塚仁「刑罰——その本質について——」尾高朝雄・峯村光雄・加藤新平(編)『法哲学講座・第八卷』(昭和三六年) 一一一頁以下。
- (4) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Teil, 1966(Neudruck der Ausgabe Erfurt 1799), S.52.
- (5) ドイツにおける「統合説」の諸相に「おれ」 Vgl. Karl Heinz Gossel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, Bd. 1, 1974, S.306ff.; Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 67ff. 「分配説」については Vgl. Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2. Aufl., 1923, S. 419f.
- (6) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年) 七四頁。
- (7) 佐伯・前掲書(注6) 七四頁。

第二節 我が国における刑罰理論と量刑基準

一 応報刑論と量刑基準

(1) まず、我が国における応報刑論の現状を見てみよう。現在では、刑罰が正当化されるのは、犯罪に対する応報ないし贖罪であることそれ自体によつてである、とする「絶対的応報刑論」はほとんど見られない。すなわち、刑罰は応報であるが、応報であるということだけで正当化されるのではなく、犯罪防止の効果があり、そのために必要である場合に正当化されるとする見解が支配的になつてきている。いわゆる応報刑論の「相対化」傾向である。しかしその「相対化」の程度には論者によりかなり差があると云わなければならない。

(2) このような我が国の応報刑論の内部においては、大別して二種の類型を指摘できよう。

第一の類型は、応報を刑罰の積極的な正当化根拠とすることによつて道義的責任を強調し、目的要素の介入を認めつつもそこに倫理的側面を及ぼしていこうとするものである。もっともこの類型においても、「応報」の意味自体は——刑罰が犯罪に対する非難として加えられるという意味においてのみ「応報」であるとして——相対的に希薄化されており、刑罰の規範的作用としての一般予防・特別予防が強調されてはいる。その意味で、応報刑論の純粹型としての「絶対的応報刑」とは異なつていふと言えよう。しかし一方で、犯罪と刑罰の均衡を維持し、非難としての刑罰が本質的に規範的・倫理的であること、「犯罪に対する国家的・道義的応報」であることを主張するのである。この点において次の第二類型とは明らかに一線を画する。

第二の類型は、刑の本質を応報であるとしつつも、その道義的性格をさらに希薄化し、これを目的に対する抑制原理

として構成するものである。現実の刑罰の害悪性に着目し、予防的考慮によりながらも、人権保障の見地からこれが過度にわたることを制約しようとする立場であると言える。通常我が国で相対的応報刑論（相対化された応報刑論）と呼ばれるものである。

(3) それでは、これらの立場からはどのような量刑基準が示されているのであろうか。最初に、第一の類型に属する論者からの主張を見ることにする。

小野博士は、「応報」は「人間の深い道義的要求であり」、「刑罰とは反道義的行為としての犯罪を理由として道義的責任ある行為者に対して科せられる法律的制裁であり、その内容は国家に依る法益の剝奪、すなわち害悪」であって、「その意味で道義的・国家的な応報である」と主張される。⁹⁾

そこで、右のような認識に立った場合の量刑基準について、小野博士は「刑の量定は単なる社会的危険性の大小の問題ではなく、第一義的に倫理的・道義的な評価の問題である」とされる。そして、「行為の違法性と行為者の道義的責任とは、犯罪そのものの本質をなすものであるから、また科刑を決定する第一義的な契機でなければならない」という基本姿勢を示される。

道義的責任および応報の理念に立てば、犯罪の軽重、すなわち違法性および道義的責任の軽重に即して刑にも軽重があるべきことになる。ただ、「刑事処分は道義的なものであると同時に政治的、政策的なものである」のであって「道義そのものが政治と政策とを要請するもの」と言うこともできる。目的主義の論者が主張するように、「犯人の社会的危険性のみを標準とすることは、刑法そのものの本質上許されないのであるが、刑事処分において犯人の性格を観察し、その社会的危険性、いひかへると再犯の虞があるかどうかを考慮することは、必要」なのである。¹⁰⁾

以上のように、小野博士の立場では、量刑は犯罪の違法性および「道義的責任」を中心として行われるが、副次的に

特別予防的考慮も要求されることになる。

団藤博士も、「刑罰は犯罪のゆえにその行為者に加えられる国家的非難の形式」であり、「刑罰は犯罪に対する非難として加えられるという意味で応報」であつて、「刑罰は犯罪と均衡を保つものであることを要」し、「刑罰は、非難の意味をもつ点で、本質的に規範的・倫理的なものである」とされる。しかし、「刑が応報であるべきだというのは、ただ右のような意味においてのみ」であつて、「刑罰は犯罪の規範的な意味をあきらかにすることによつて一般人および行為者本人の規範意識を覚醒・強化するべきであり、その意味での刑の一般予防的および特別予防的作用をみとめなければならぬ」と主張される¹²⁾。

この立場から導き出される量刑基準について団藤博士は、「まず基本的に犯罪そのものの軽重が量刑の重要な標準となるのはもちろんであり、「そうでなければ、犯罪に対応する刑ということができず、罪刑法定主義ことに罪刑均衡の原則に反することになる」とされる。この場合、「犯罪の軽重は、つまりは違法性および責任の大小であるが、刑罰が非難の観念を中核とし、それが行為者に加えられるものであることからいって、とくに責任に重点が置かれる」ことになる¹³⁾。

そしてさらに、M・E・マイヤー(Max Ernst Mayer)の「分配説」が、立法・裁判・行刑の指導理念を、各々「応報」・「法の確認」・「目的刑」とした点を引用されつつ、裁判の理念を単に「法の確認」と捉へることに疑問を示され、「裁判による有罪の確認には『法の確認』ないし一般予防の要素を多分にもつが、刑の量定においては——一般予防を無視することはできないが——むしろ特別予防への見通しが強く折り込まれることを要する」と主張されているのである¹⁴⁾。

このように団藤博士の立場においても、量刑は、違法性および責任の大小によりつつ、そこに一般的予防および特別予防的考慮を働かせていくことになるが、犯罪の軽重については、特に責任に重点が置かれているのが特徴である。周

知のように団藤博士は人格形成責任論を採用されるので、責任の要素の中には、行為責任とともにその背後にある人格形成責任の要素も含まれることになる。

大塚教授は、刑罰においては「絶対的契機と相対的契機とが併せ含まれるのであるし、応報的原理とともに改善的機能が具備されなければならない」との立場から、「具体的な刑罰の程度も、現実の犯罪の程度に対応するものでありつつ、同時に、主体性をもった受刑者の改悔的自覚に資しうるものであることを要する」とされる。そして、「罪刑法定主義の精神と連なる刑罰の応報的・贖罪の原理は、犯罪の程度に価値的に均衡した刑罰を要求するのであって、その程度を超えて、ひたすらに改善的效果を図ることは、刑罰の範囲を逸脱するもの」であるとされ、「その刑のもつ一般予防的意味」も犯罪の程度を越えない範囲で考慮すべきであると主張される¹⁵。

大塚教授も、違法性と責任の程度を併列的に同じ次元で独立して考慮するのではなく、責任の面に、違法性の面における検討をしめくくる意味を認め、違法性の程度を画する事実も行為者の責任と結びつきえないものは問題とすべきではない、という観点から、責任に重点を置かれる¹⁶。また、責任の存否の面において人格形成責任論を採用することを否定されつつ、責任の程度の面ではこれを肯定される¹⁷。その点では、団藤博士と同様の見解に立たれていると言えよう。

(4) 次に、応報刑論の第二の類型（いわゆる「相対的応報刑論」）を主張する論者からの、量刑基準に関する見解を見てみよう。

佐伯博士は、「現行刑法の立場」として「責任主義に立つ特別予防論と客観主義によるその制約」という内容を掲げられる¹⁸。

佐伯博士によれば、「今日の刑罰が前提とする責任非難は、単なる応報のための応報でなく、むしろ、それを越えたより現実的な目的の設定を伴っている」のであり、「それは行為者に対して、すでに行われた以上、取り返しのつかな

い犯罪ではあるが、それを行ったことについて法および社会に対して謝罪するとともに自分の規範意識を高め、これからはまともな法秩序の担い手として社会に復帰することを決意させようとするもの」として捉えられる。すなわち、「責任非難は、このような目的の定立を伴い、かつ、この目的実現の手段の考究において、刑罰が登場する」ことになる。確かに責任は、目的を生む原因ではあるが、その目的を達成する手段を直接指示するものではない（「手段の原因遊離的傾向」）。このように考えてくると、個々の犯罪に科せられる刑罰の内容を決めるものは、応報刑論や従来責任論が説くような責任非難（責任の重さ）自体（責任に比例する刑罰、すなわち「責任→刑罰」）ではなく、また、古い特別予防論が主張したように責任と没交渉に設定された目的によって決まるもの（「目的→刑罰」）でもない。それは、責任非難によって設定された目的はどうかすれば最もよく実現されるかという合理的合目的な考慮なのである（「責任→目的→刑罰」）。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（改悛・後悔）をもたらしことにあると考えることによって、以上の理論は、特別予防の要求を満たしつつ、応報の理念をも、必要な限度においてこれを満たすとともに、一般予防の作用をも適当に發揮しうるとされるのである¹⁹⁾。

続いて大谷教授の見解を見てみよう。大谷教授は、①過去の犯罪について非難を加えることによって、社会の応報感情を満足させ、社会の犯罪に対する公憤を鎮静し、さらに被害者の心理的苦痛を慰撫すること②刑罰によって法の要求を明らかにし、その威嚇作用によって一般人に対し心理的にはたらきかけ、犯罪を抑止すること③行為者本人に対しては、具体的に裁判所が刑を宣告することによって犯罪の規範的意味を明らかにし、また、現実的苦痛を加えることによって犯罪者を矯正し、再犯を防止すること、を刑罰の「目的」とされる。そして、刑罰は犯罪に対する非難の形式である点で応報であるが、それ自体を自己目的とするわけではなく、右のような目的を実現しながら、「究極においては社会秩序の維持の機能を果たすべきもの」であるとされ、この見地からいわゆる「統合説」を支持される²⁰⁾。

量刑においても、右の諸目的の実現が重要となるわけであるが、「その目的の実現にとって不必要な刑罰を科すことは許されない」のであって、責任があれば必ず刑を科すという考え方は妥当ではなく、他方で「刑法の諸目的を実現するために、それがたとえ必要な刑罰であっても、犯人の行為に対する責任を超えて刑を科せば、均衡の原則に反することになる」とされる。従って「刑罰の目的は責任を限度として追求すべきであるから、量刑の一般的な指針は犯人の行為責任であると解すべきである」ということになる²¹。

以上のようにして、大谷教授の立場からは、量刑は「行為責任を目安としつつ、一般予防および特別予防を考慮して」なされるべきことになる²²。

西原教授は、刑の量定を（1）責任に応じた量定と、（2）刑事政策の観点よりする量定の二段階に区分して理解されている²³。

まず、論理的に先行するのは、責任に応じた刑の量定である。責任は違法行為をなしたことについての行為者に対する社会倫理的な非難を意味するが、責任の大小を決定するのは、違法性の大小と有責性の大小とである。まず違法性の大小は、すでに法定刑の中に一部が表明されているが、それに尽きるものではない。同じ殺人でも、被害者の数、その社会的有用性、方法の残酷性、社会的影響などが法定刑の範囲内で、違法性の大小にかかわる責任の量として顧慮される。次に有責性の大小については、行為者の年齢、性格、経歴、環境、動機などを顧慮すべきである²⁴。

責任に応じた量定に続いてなすべきは、刑事政策的観点よりする量定であって、特に当該被告人に対する刑の機能に着目することが必要である。責任に応じた量定は、犯罪行為以後の事情にはかき合合わないが、この刑事政策的観点からする量定は、言渡されあるいは執行されるべき刑の機能に着目した量定であるから、犯罪行為の前後を問わない。もつとも、刑の量は責任の程度を越えないというのが責任主義の原則であるから、刑事政策的観点からする量定は、常に

刑を軽くする方向のものに限定しなければならない。⁽²⁵⁾

西原教授は右のように主張されて、責任の限度内で刑事政策的考慮を働かすべきことを主張されるのである。西原教授の所説においては、量刑の二段階を区分することにより、各々の段階で考慮すべき量刑事情がより明確化されている点に特徴があるといえよう。

(5) 右に見た応報刑論の第二類型をさらに徹底させたものとして、平野博士が主張される「抑止刑論」が挙げられよう。⁽²⁶⁾ もっともこの「抑止刑論」は、「国家が、その権力によって個人に苦痛という害悪を加えるのは、それによって、犯罪の防止という効果がある場合に限られなければならない」とする点において、「目的刑論」の中に位置づけることも充分可能である。⁽²⁷⁾ しかし同時にそこでは、「犯罪防止の効果があれば、どのような刑罰でも正当化されるのではなく、犯罪の軽重に応じた刑罰だけが正当化されるであろう」として「正しい抑止刑」であるための「均衡の原則」が要求されているのである。⁽²⁸⁾

さらに、この立場においては「行為者の再犯の防止ということは、『それだけで』刑罰一般を正当化するとはいえない」とされている点が重要である。同時に「抑止刑論と社会復帰刑論の間には原則的な対立はない」と主張される。両者は共に犯罪の防止を目的とするものであり、ただ一般人の犯罪抑止効果と犯罪者自身の再犯を防止する効果とが矛盾するときに、これを「どう調整するか」という問題に関する修正的あるいは補完的な原理として「受刑者の改善更生の原則」が働くことに注意しなければならない。⁽²⁹⁾

このように「抑止刑論」においては、原則として一般予防的観点から、犯罪の軽重に応じた刑が導かれるべきことになり、一般人の犯罪抑止効果と犯罪者自身の再犯防止効果が矛盾するときに、修正的に特別予防的観点から妥当な刑が量定されることになるのである。

(8) 本文でも述べるように、我が国における刑罰理論の状況を「応報刑論」対「目的刑論」といった枠組みで捉えることは、必ずしも正確ではない。むしろ、「相対的応報刑論」対「特別刑論」という理解の方が適当であるとも言えよう(前田雅英『刑法総論講義』(昭和六三年)四八頁参照)。ただここでは、議論の出発点を明確にする意味で前者の分類に従うことにした。なお、相対的応報刑論の内容が一義的なものではないことに注意を要する。この点につき、澤登・前掲論文(注3)三五頁以下参照。

- (9) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(増補版)(昭和二五年)一二頁。
- (10) 小野清一郎『刑法概論』(増訂新版)(昭和三五年)一七八―一七九頁。
- (11) 小野・前掲書(注10)一八一頁。
- (12) 団藤・前掲書(注1)四六八―四六九頁。
- (13) 団藤・前掲書(注1)五四二頁。
- (14) 団藤・前掲書(注1)五四四―五四五頁。
- (15) 大塚仁『刑法概説(総論)』(改訂増補版)(平成四年)四八四―四八五頁。
- (16) 大塚・前掲書(注15)四八六頁。
- (17) 大塚・前掲書(注15)三八四―三八五頁、四二―四三頁、四八六頁。
- (18) 佐伯千仞『四訂刑法講義』(総論)七七頁。
- (19) 佐伯・前掲書(注18)七九―八〇頁。
- (20) 大谷實『刑法講義総論』(第三版)(平成三年)五二―五五頁。なお、同『現代刑事制裁論』中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一(編)『現代刑法講座・第一巻』(昭和五二年)六五頁以下参照。
- (21) 大谷・前掲書(注20)五三五頁。
- (22) 大谷・前掲書(注20)五三五頁。
- (23) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)四五四頁以下。
- (24) 西原・前掲書(注23)四五四頁。
- (25) 西原・前掲書(注23)四五五頁。なお、同「死刑制度を考える」法学教室三八号(昭和五八年)八四頁以下参照。

- (26) 平野龍一『刑法総論I』（昭和四七年）二二頁。
- (27) 内藤謙『刑法講義総論（上）』（昭和五八年）二二四頁、中山研一『刑法の基本思想』（昭和五五年）一七七頁参照。
- (28) 平野・前掲書（注26）二二頁。なお、前田雅英『刑法演習講座』（平成三年）六頁はこれを「抑止刑型相対的応報刑論」と呼び、「応報型相対的応報刑論」と対置させている。
- (29) 平野・前掲書（注26）二二五頁。なお、所一彦「抑止刑の科刑基準——犯罪論の抑止モデルとして——」平場安治Ⅱ平野龍一Ⅱ高田卓爾Ⅱ福田平Ⅱ大塚仁Ⅱ香川達夫Ⅱ内藤謙Ⅱ松尾浩也（編）『団藤重光博士古稀祝賀論文集・第二卷』（昭和五九年）一〇六頁以下参照。

二 目的刑論と量刑基準

(1) 我が国においては、相対的応報刑論が通説としての立場を占めてきたことに伴い、目的刑論を徹底する立場は少なくなっている。もっとも既に見たように、応報刑論の第二の類型は実質的には目的刑論にかなり接近しているので、「總体的に見れば、刑罰の本質については、絶対的応報刑論の主張はすでに背後に退き、むしろ合目的な目的刑論の主張に重点が移りつつある」と述べる方がより正確であろう。ただそこには、刑罰における応報としての要素を最低限維持しようとし、「応報刑論に安住してはならないが「その概念的拒否によって問題がかたづくわけではない」という意識が、予防的考慮が過度にわたることへの危惧感とともに存在していると言える。

(2) それでは、かつて我が国において展開された目的刑論、特に教育刑論・特別予防論の立場からは、どのような量刑基準が主張されていたのであろうか。

牧野博士は、まず「科刑の基礎と量刑の標準とを区別して考へて見たい」と述べられ、科刑の基礎は「悪性」つまり「法律の好まざる一定の侵害的行為を為す性格」であるとされる、これに対して量刑の標準は、「其の悪性ある者に対して如何なる刑を科す可きかの問題」であるから「刑罰の効果の方面から観念を定めて来ねばならぬ」のであり、「つまり量刑は刑罰が其の効を奏するやうに定められねばならぬ」ことになる。博士によれば「刑罰の理想は犯人に対して最小減度の害悪を加へながら、其の悪性を匡正して社会に同化せしめることにある」から、結局量刑の標準は「犯罪人の刑罰適応性」すなわち「刑罰に対する犯罪人の反応性」であると解される。³²⁾

ここでは注意しなければならないのは、「悪性の大小は犯罪に因つて生ず可き実害の大小と犯行反復の虞の大小に依つて定まる」から、「其の大小は、当然量刑軽重の標準となるものではない」点である。我々は「多年の経験上、大体に於て、悪性の大小と刑罰適応性の大小との正比例するものなることを知る」から、「両者の間に密接な関係の存することを認める」が「それが論理的に必然な関係であるとは謂へない」のである。³³⁾

それでは、刑罰適応性をどのような方法で知るべきか。博士は、このことは「困難な問題である」とされ、「單純に論理的に割り出せるものでもなく、又単に犯罪人の素行を調査するといふことだけで明らかにし得る所でもない」のであり、「実は、只、科刑の実験を重ねて初めて」知ることができると主張されるのである。³⁴⁾

木村博士も、かつて次のように論じられた。すなわち、量刑において何を指導的観点とし重要視すべきか、ということについては「従来は犯罪行為の外形と実害とに重点が置かるべきであるとせられた」が「刑罰は犯罪を理由として犯人に対して科せられるものであるから、むしろ犯人の性格に重点をおくべきである」とされる。そして、「犯人の性格・環境を全面的に考慮し、その性格の危険性と社会的応化能力とに従つて刑罰の分量を定めることによつて刑罰の個別化が完うせられると同時に刑罰的正義が実現せられるのである」³⁵⁾と主張されたのであつた。

このように、かつて我が国で主張された目的刑論から示された量刑基準は、責任の程度に応じた刑罰ということを捨象し、予防的考慮、特に犯人の刑罰適応性・危険性を中心とするものであった。

既に述べたように、目的刑論の考え方じたいはその後、相対的応報刑論の立場からも支持されていくわけであるが、右の牧野博士・木村博士が主張されるような量刑基準は、現在ではそのままの形では主張されなくなっている。それは、「犯人の危険性による目的主義一元論」³⁶⁾と評され、「一般予防あるいは特別予防の観点からみてどの程度の量の刑罰が必要とされるかについて十分な実証的検討がなされていない現状を前提とすれば、これらの刑事政策的な目的だけを量刑の基準とすることは一種の冒険とさえいえる」³⁷⁾と批判されるのである。責任主義の無視と目的主義の無防備に由来することは明らかであろう。

(3) その後木村博士は、応報刑論——責任主義という結びつきは必然的なものではないとされ、量刑においては、犯人の責任の程度に従いつつ、教育刑論の立場によるべきことを主張されるに至った。³⁸⁾

この主張において木村博士は、「刑の量定に関する責任主義」を強調され、それは「責任をもって個別的行为の意思・分量を基本とし、さらに、行為時における犯人の危険性を考慮するところの行為時人格責任と解し、また、責任の程度・分量を個別行為の有責な意思と、その有責な意思の形成に作用したところの行為時における犯人の危険性の程度・分量と解し、その結論として、そのような行為時人格責任の程度・分量にしたがって刑の程度・分量を量定すること」と把握すべきであるとされる。³⁹⁾

このように、「刑の量定は責任の程度・分量を基本的な基準とし、その基本的な基準にしたがって、さらに、犯罪の他の成立要件たる構成要件該当で違法な行為の性質・程度・分量を考慮すると同時に、その他、刑罰の効果たる一般予防・特別予防の効果をも考慮しなければならない」が、その場合に問題となるのは、刑の量定の指導原理としての刑罰

の理念は何かということである。この点について木村博士は、「刑の量定基準としての責任主義は、決して、応報刑論に通じ、応報刑への結論を唯一の結論とするものでないことを特に考慮し、かつ、絶対に見過してはならない」と主張される。従来の考え方は、応報刑の理念にしたがって刑の量定を行い、刑罰は犯人の有責な意思（＝悪意）に対して、それと同一の悪意をもって応報するのであるから、応報としての刑は犯人の悪意と同様に悪意をもって犯人に対して害悪を加えて返すように量定されなくてはならないと解するのが一般であった。これに対して、木村博士が支持される教育刑の理念においては「刑罰は、犯人の有責な意思すなわち悪意に対して加えるものではあるが、その刑は、犯人の悪意を転じて、犯人をして法の要請にしたがった合義務的な適法行為の決意をするように働きかけ、犯人をして合理的な行為をするとおころの社会的な人間にまで形成・改善し、その社会復帰に適する方向に、刑の内容を量定しなければならぬ」とされるのである^④。

この見解は、責任主義に立脚しつつ目的主義（教育刑論）に導かれた量刑を旨指すという点において、一見、相対的応報刑論への接近を思わせる。しかし、そこで説かれる「責任主義」自体が——「責任」の内容を意思責任および行為時人格責任（犯人の危険性を考慮する）と解することによって——いわば目的刑論的に構成されていることに注意すべきであろう。見方を変えれば、これを目的刑論の側からの「相対化」と捉えることもできよう。

(30) 中山・前掲書（注2）五四五頁。

(31) 中山研一『口述刑法総論』（第二版）（昭和五八年）二二頁。

(32) 牧野英一「新刑法と刑罰個別主義」同『刑事学の新思潮と新刑法』（増訂第四版）（大正八年）一五九頁。

(33) 牧野・前掲論文（注32）一六〇頁。

- (34) 牧野・前掲論文(注32) 一六〇頁。
- (35) 木村亀二『全訂新刑法読本』(昭和四二年) 三二七—三二八頁。
- (36) 中山・前掲書(注2) 五六八頁注(5)。
- (37) 鈴木義男「量刑の基準」法学教室(第二期版) 三号(昭和四八年) 三八頁。
- (38) 木村亀二「責任主義の意義と問題」同『犯罪論の新構造(下)』(昭和四三年) 四一九頁以下。
- (39) 木村・前掲論文(注38) 四五四頁。
- (40) 木村・前掲論文(注38) 四五六頁—四五七頁。

三 小 括

(1) これまで本節において概観してきた、刑罰理論と量刑基準に関する我が国の理論状況を整理しておこう。

応報刑論を徹底するならば、責任主義に基づく量刑、すなわち、責任の程度に比例した刑罰を科すことが要求される。また、目的刑論を徹底するならば、目的主義に基づく量刑、すなわち一般予防・特別予防といった刑事政策的考慮に導かれた刑罰を科すべきことになる。しかし、現在ではいわゆる「相対的応報刑論」が多数説となったことと相俟って、かつて主張された純粹な「目的刑論」(教育刑論)は主張されず、量刑基準においても責任主義と目的主義の両者の要請を取り入れようとする立場が主流となっている。

この場合、責任主義と目的主義との関係をどのように捉えていくかという点についても応報刑論の二類型に応じて①責任主義を中心とし、目的主義を副次的に考慮していこうとする立場と、②目的主義の「抑制原理」として責任主義を

維持していかうとする立場とに分かれる。

一方いわゆる「抑止刑論」の立場においても、一般予防が「正しい抑止刑」として機能するためには犯罪の軽重に応じた刑罰を要求するとされ(均衡の原則)、特別予防もそれだけでただちに刑罰を正当化するものではないとされることによつて、同じく抑制原理の内化がみられる。

このように、我が国の刑罰理論によつて提示されている量刑基準は、あくまでも抽象的な枠組みにとどまっている。すなわちここでは、刑罰の「正当化根拠」から導かれた「責任主義」と「目的主義」の關係が明らかにされているに過ぎない。それをより実質化するためには、さらに量刑における「責任主義」の意義と機能、そこにいう「責任」の意味、「目的主義」における「予防」の内容(一般予防・特別予防の意義と相互關係)をも検討する必要がある。既述のように、これらの点を考察することが本稿第五節の課題となる。

(2) 本節で見えてきた我が国の理論状況に対しては、刑法改正作業の過程で明らかにされた改正刑法準備草案、及び改正刑法草案とそれらをめぐる議論が多大の影響を与えてきたと言つてよいであろう。そこで次章においては、諸草案で掲げられた量刑基準を中心にして、理由書の説明及びそれに対する批判を概観することにした。

第三節 刑法改正と量刑基準

一 改正刑法準備草案四七条

(1) 本稿で問題としている「量刑基準」が、初めて我が国の刑法改正案の中に具体化されたのは、昭和三六年の改正

刑法準備草案四七条においてであつた。それ以前の改正案、すなわち、刑法改正予備草案（昭和二年）および改正刑法仮案（総則・昭和六年）の量刑規定においては、いずれも、量刑にあつて考慮すべき事項（量刑事情）が単に列挙されてきたに過ぎず、それらをどのよう、に評価すべきかという問題に手がかりを与える規定は存在しなかつたのである。

因みに、改正刑法仮案五七条の規定をみてみよう。この規定は、「現行刑法が散発的に規定しているところの、また刑事訴訟法二四八条が起訴猶予にするかどうかを決定する際に考慮すべきものとして」としているところの諸事情を、さらに整頓したもの⁽¹⁾として、次のような内容を掲げていた。

第五七条 刑ノ適用ニ付テハ犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ヲ考察シ特ニ左ノ事項ヲ参酌スヘシ

一 犯人ノ経歴、習慣及遺伝

二 犯罪ノ決意ノ強弱

三 犯罪ノ動機カ忠孝其ノ他ノ道義上又ハ公益上非難スヘキモノナリヤ否又ハ宥恕スヘキモノナリヤ否

四 犯罪カ恐怖、驚愕、興奮、狼狽、挑発、威迫、群集暗示其ノ他之ニ類似スル事由ニ基クモノナリヤ否

五 親族、後見、師弟、雇傭其ノ他之ニ類似スル関係ヲ濫用又ハ蔑視シテ罪ヲ犯シ又ハ罪ヲ犯サシメタルモノナリヤ否

六 犯罪ノ手段残酷ナリヤ否及巧猾ナリヤ否

七 犯罪ノ計画ノ大小及犯罪ニ因リ生シタル危険又ハ実害ノ輕重

八 罪ヲ犯シタル後悔悟シタリヤ否損害ヲ賠償シ其ノ他実害ヲ輕減スル為努力シタリヤ否

(2) 改正刑法準備草案は、第六章として、「法定刑から出発して処断刑を形成し、その範囲内で宣告刑を決定するまでの一連の作用を指す」という「刑の適用」と題する項目を設けた。そしてその四七条に、刑の量定の一般基準に関する——戦後の諸外国における立法例に示唆を得た——次のような規定を置いたのである。

第四七条（一般基準）

① 刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。

② 刑の適用においては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響並びに犯罪後における犯人の態度を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない。

③ 刑の種類及び分量は、法秩序の維持に必要な限度を越えてはならない。死刑の適用は、特に慎重でなければならない。

この規定が、「刑の量定にあたって考慮すべき事項の網羅よりも、むしろそれらの事項が刑の量定にあたっていかに評価され利用されるべきかという基準の明確化に重点をおいた」ことは、従前の諸案に比べて確かに「さらに大きく一步を踏み出した」と評せよう。そこで、その詳細な内容を知るために、準備草案理由書の説明を見ることにする。

準備草案理由書は、次のように述べる。四七条第一項は、刑の量定は犯人の責任に依じてなされるべきことを規定し、いわゆる責任主義の原則を明らかにしている。ここにいう「責任」とは、講学上、違法性とならんで犯罪成立の要素とされている責任を意味する。責任主義は近代刑法の基礎原理であって、犯罪の成否についてだけでなく、刑罰の内容・分量の決定についても適用されなければならない。すなわち、刑の量定においても結果責任の思想は排斥されるべきで、刑の内容はあくまで犯人の一身的な責任の程度に応じたものでなければならない、ということが本項の趣旨であるとされるのである。

準備草案理由書はさらに、第一項と第二項との関係について述べている。「もつとも、刑罰は現実には種々の多元的な機能を有するもので、なかにもその営む刑事政策的なはたらきはきわめて重要であり、その点を十分考慮に入れてこれを適用すべきことは第二項に規定するところであるが、その場合第一項の責任主義との調和をどうするか、という問題を生ずる。「この点に関しドイツの一九五六年刑法草案第二条は、『刑罰は、責任の程度を越えてはならない。』と規定して、責任主義の——少なくとも犯人に不利益な方向に向かつての——絶対的優位を明言し」、同じ理由から、不定期刑の制度も認めなかった。しかし、本草案が同じ立場に立つものでないことは、たとえば相対的不定期刑(第六

二条)を規定していることからみても、又、「責任に應じて」という本項の文言からみても、明らかであり、「本項はあくまでも基本理念を示したに止まるものであつて、刑事政策的な目的からするある程度の修正を否定しているものではない」と解すべきである。ただし、「この修正にも本項の趣旨からいつて限度があるはずで、著しく責任の程度を越えることは許されないであらう」とされる。

このように「責任主義と目的主義とは必ずしも矛盾する二つの原理ではない」が、「現実の経験として両者は二つのものであり、或る場合には相互に矛盾し反撥することも認めざるを得ない」のであるから、両者の関係については「自由主義を基調とする刑法として、責任主義を第一の原理とし、その目的主義的合理化を考うべき」だとするのが、四七条の基本的立場である。責任に應じた刑に対して、刑事政策的考慮から行われる「ある程度の修正」にあつては、第三項前段によつて、「刑罰はこれを受ける者の重大な法益を奪うものであるから、政策的見地からは効果的であると思料されるにしても、それだけの理由で過度に犯人に苦痛を与えるものであつてはならない」のであり、「刑事政策的見地からする刑の種類及び分量の決定は、その目的達成に必要な最小限度に止まるべき」であるという要請がなされている。

二 改正刑法草案四八条

(1) 昭和四九年五月に法務大臣に答申された「改正刑法草案」は、その四八条に、準備草案四七条を基本的に踏襲した規定を置いた。「刑の適用ないし量定が犯罪事実の認定と並んで刑事裁判における最も重要な事項であることにかんがみ、それが現在よりもいっそう適正かつ合理的に行われるようになることに資するため」に設けられたこの規定は、

次の通りである。

第四八条 (一般基準)

- ① 刑は、犯人の責任に依じて量定しなければならない。
- ② 刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない。
- ③ 死刑の適用は、特に慎重でなければならない。

注意すべきことは、準備草案四七条三項前段にあたる、「刑の種類及び分量は、法秩序の維持に必要な限度を越えてはならない」という文言が削除された点である。その理由については「趣旨が必ずしも明らかでないだけでなく、責任主義及び刑事政策的な要請と重複する面もある」⁴⁾とされている。

(2) 草案四八条の「量刑基準」の内容を、説明書に則して見てみよう。

草案説明書は次のように述べる。四八条において「『犯人の責任に依じて』刑の量定をしなければならないとする原則を第一項に掲げたのは、犯人の責任の程度が量刑における最も基本的な要素であることを明らかにする趣旨であり、したがって、『犯罪の抑制及び犯人の改善更生』すなわち一般予防及び特別予防に役立たせるという第二項の刑事政策的な目的は、責任に応じた量刑というわくの中でのみ考慮されることになる」のである。審議の過程においては、「刑事政策的な配慮という面をさらに重視し、それが犯人の責任に対する評価とほぼ対等の量刑要素となることを明らかにする趣旨」に基づき、刑の量定は、「犯人の責任を基礎にし、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立たせることを目的として」行われなければならないといった内容に改めようとする提案もあった(第二次案第四七条B案)。しかし草案では、次のような理由からこれを採用しなかった。すなわち、「近代刑法における基本原理の一つである責任主義の原

則は、犯罪の成否についてだけでなく刑の量定においても貫徹されなければならないこと、責任に應ずる量刑といつても、責任の量を数学的に確定することができざるわけのものではなく、責任にはもともと幅があるともいえるのであって、その範囲内で刑事政策的な要請にかなった量刑をする余地は十分に残されていること、量刑において刑事政策的な配慮をすることがいかに重要であるとしても、これを根拠にして犯人の責任と釣合ひのとれないほど重い刑又は軽い刑が言い渡される余地を認めるのは、犯人の地位をあまりにも不安定なものとするおそれがあること」によつたのである。その結果、四八条では「責任に應じた量刑という原則を第一次的なものとして第一項に規定し、刑事政策的な要請を補充的なものとして第二項に規定することとなつた」とされている。⁴⁹

右の「第二次案第四七条B案」を支持する立場の論拠については、草案理由書とは別に、次のような報告もなされている。すなわち、①犯人の責任が量刑におけるもつとも重要な要素であることはいうまでもないが、一般予防および特別予防の目的を軽視することは許されず、実際の量刑においてこの点に関する配慮がなお十分でないとみられる面もあるので、量刑におけるその重要性を強調する必要があること②採否が検討されていた不定期刑や宣告猶予はもちろん、現行法ですでに認められている累犯や執行猶予も、犯人の責任と並んで刑事政策的な配慮を重視する制度であつて、B案による方がこれらの制度の趣旨にいつそう適合すること③B案においては、A案（採用された四八条とほぼ同じ）に比べ、刑事政策的な配慮によつて量刑に軽重が生ずることになるが、それが「責任を基礎に」するものである以上、責任を無視した量刑が行われるおそれはないこと④犯人の責任の程度を量的に決定することはもともと不可能であるが、A案のように、第一項で「責任に應じて量定しなければならぬ」とする以上、論理的にはこれだけで刑が決定されてしまふのであつて、第二項にいう「犯罪の抑制及び犯人の改善更生」を考慮する余地がなくなつてしまふこと、などである。⁴⁹

また、「第二次案四七条B案」に反対する立場からの意見についても、草案説明書に掲げられたもの他に、「犯人の責任」には、狭い意味での行為責任だけでなく、その行為をした犯人の責任という意味での行為者責任をも含むと解することができるから、責任に応じた量刑が刑事政策的な配慮と矛盾する場合はあまり生じない、とする指摘があったこと、さらに、ヨーロッパの立法例や草案例でも、犯人の責任を量刑の基本とし、副次的に刑事政策的な配慮を加えようとするものが多い、ということを主張する見解があったことも報告されている^{⑤⑥}。

(3) 右に見たように、準備草案四七条と草案四八条は、第一次的に責任に応じた量刑を考え、補助的に犯罪の抑制及び犯人の改善更生という刑事政策的考慮を加味していくという点で共通の基盤に立っていると見えよう。

ところが、第一項と第二項、すなわち責任主義と目的主義との関係についての説明方法では、準備草案理由書と草案説明書とで若干の変化がみられる。まず、準備草案においては、責任に応じた刑罰を科すという「基本理念」が、「刑事政策的な目的からするある程度の修正」を受けるといふ、いわば原則(責任主義)——例外(目的主義)の関係が示されていた^⑤。これに対して草案では、「責任にはもともと幅があるともいえる」ため、その「責任の幅」の範囲内において「刑事政策的な要請になかった量刑をする余地は十分に残されている」といふ説明がなされ、必ずしも目的主義が責任主義の「例外」として位置づけられてはいなかった^⑥。

この「責任の幅」といふ考え方は、準備草案説明書においては——四七条の説明ではなく——相対的不定期刑の理論的説明に関して用いられていたものである。そこでは、「責任主義は、刑罰が行為者の道義的責任に相應するものであることを要求する。しかし、責任そのものに幅がある。必ずしも三年六月とか五年三月というような一定の動かさない数値を示すものではない。責任に相應する範囲内において保安及び改善更生の目的上必要な相対的不定期刑を言い渡すことは責任主義に反するものではない」とされていた^⑤。すなわち、不定期刑の長期——短期の範囲が、「責任の幅」の

中にあると考えることによって、不定期刑と責任主義とが矛盾しないことを説明しようとしていたのである。草案は、準備草案が相対的不定期刑の理論づけで用いていた「責任の幅」という考え方を、量刑基準における責任主義と目的主義の関係を説明するためにも適用したものと見えよう。

(4) 草案四八条における第一項と第二項との関係、すなわち責任主義と目的主義の関係をどのように理解すべきか、またその帰結が妥当なものか否か、ということについては、学説の側からも批判がなされている。

平野博士は、一項と二項との関係について、「おそらく次の三つの解釈が可能であろう」とされ、①一項の「刑の量定」とは刑の分量を定めることであり、二項の「刑の適用」とは刑の種類（刑の猶予も含めて）を決定することを意味する②責任には幅があると考え、一項はその範囲内で刑の量を決定すべきだったのであり、その範囲内で二項の要素を考慮して刑を定める③「まず」一項で責任に応じた刑を考え、「ついで」二項で一般予防・特別予防を考慮してこれを修正する、という考え方を提示されている。そして①によれば刑の分量は全く形而上学的な責任だけで決定され——これは犯人の年齢などの経験的な事項が第二項だけに規定されていることから明らかだとされる——絶対的応報刑の論理に他ならないと批判されている。また、②によれば刑は責任の上限を越えてはならないことになるが、それと同時に責任の幅の下限にも限定的な機能が生じ、責任よりも軽い刑を量定することはできなくなると主張される。さらに③によれば、一般予防・特別予防の必要がないときには責任に応じた刑より軽く刑を量定することにはなるが、同時に責任より重く刑を量定することも可能になってしまうと指摘される⁶⁾。

このように平野博士によれば、一項と二項の関係は、いずれの解釈によっても絶対的応報刑の論理ないしは「責任あれば刑罰あり」という「積極的責任主義」に陥らざるを得ないということになる。

澤登俊雄教授も、責任主義と目的主義の実質的な関係について①責任に一定の幅があることを認め、その枠は厳重に

守りながら、その幅の範囲内で刑事政策的要請を満たそうとする立場②責任を点とみるか幅とみるかにかかわらず、刑事政策的目的によって、責任の量を上下にある程度はみ出した量刑がなされることを認める立場③右の場合に、責任の量を上限において超えることは全く認めず、下限においてはある程度はみ出すことを認める立場④さらに徹底して、責任は量刑の上限を画するにすぎないとする立場、があるとされ、草案四八条はこれらのうち①ないし②の立場を採用している⁵⁵と主張される。そして、草案説明書は、責任があれば必ず刑を加えるべきであり、その刑は責任を超えても下つてもならないとしているので、この責任主義が純粹に貫かれる限り、仮りに責任に幅が認められるとしてもその幅はさして大きくないはずであるから、刑事政策的配慮が加えられるとしても、それは極めて微々たるものにならざるをえないとされる。ところが説明書は、責任には幅があつて刑事政策的要請にかなつた量刑をする余地が十分残されているとしているので、もしそうだとすると、そこにいう責任の内容が大いに疑問とならざるをえない、と批判されるのである⁵⁶。

そして、草案の「責任」概念は、少なくとも本来の意味での行為責任ではありえず、「むしろ、犯人の危険性を責任に還元することを通して、目的主義を責任主義の中に吸収しようとする人格形成責任論の志向と合致する」と述べられる。また、四八条二項の量刑事由の中には、「社会的影響」という明らかに行為責任とも人格責任とも無縁なものがあるが、説明書はこれを責任を重くする要素でもあるとしているので、草案の「責任」概念はさらに広がるとされる。他方で説明書は、「犯罪後における犯人の態度」を責任評価の要素ではないとしているので、犯人が改心したり被害の回復に努力しても、その場合の量刑は責任の枠内で考慮されるにとどまり、枠を下つた量刑は許されないことになる、と指摘される⁵⁷。

右のような観点から澤登教授は、草案四八条においては結局「一般予防（威嚇）目的のために刑を重くする場合には、

本来の責任の枠を超えても責任主義に反しないことになり、反対に、特別予防（改善）目的のために刑を軽くしようとする場合には、責任主義の枠が嚴重にはめられるという結果になりそうである」という厳しい評価を与えられているのである。⁵⁷⁾

また西原教授は、「責任には幅があり、その幅の範囲内で刑事政策的考慮を働かすことができる」という理念には「非難可能性以外の刑事政策的要因、とくに危険性という観点で責任の中にしのび込む危険がある」と主張されている。そして、西原教授の採られる「責任には幅がなく、その責任の限度内で刑事政策的考慮を働かすべきであるとの立場」からは、草案四八条一項は、「刑は、犯人の責任を限度としなければならない」という規定であるべきことを提言されるのである。⁵⁸⁾

(5) 以上のような批判的見解を踏まえつつ、草案四八条における量刑基準の構造を確認しておくことにする。⁵⁹⁾ 先にも触れたように、草案四八条は、量刑において責任主義の原則を強調し、その枠内で目的主義を考慮しようとしている。その理論的支柱となっているのは、かつて準備草案が不定期刑の説明に用いていた「責任には幅がある」という考え方であり、その幅の範囲内で刑事政策的考慮に基づいて量刑を行う限り「責任に応じた刑」が導かれ、責任主義が貫かれるとする立場である。

この考え方に対しては、次の二点が問題となろう。第一に、草案規定にいう「責任」の内容が不明確であるため、「責任の幅」がかなり広くなり、予防的考慮という理由で本来の責任を超える刑罰が科される可能性がある。例えば説明書によれば、四八条二項の「犯人の性格」は責任の評価にも予防的観点にも影響を与えるとされているので、「犯人の性格」を考慮した特別予防的観点から重い刑罰を科したとしても、おそらくそれは「責任の幅」の中にとどまることになる。しかしこのような考え方は、例えば行為責任論の立場からは――仮に「行為責任の幅」を認めるにしても、

それを越えるものとして——批判されることになるのである。

第二に、一般予防・特別予防的観点からみて、責任の幅の中にある刑を科す必要性がない場合にも「責任刑」の名の下に幅の中の刑が科されるおそれがある。これも、「責任に応じた刑」を科刑の原則とする説明書の立場から明らかであるが、責任(の幅)を下回ることを禁じ、予防目的に資さない刑罰を科すことが果して量刑における責任主義の要請なのかが、改めて問われるべきであると言わねばならない。

草案説明書が主張する「責任には幅がある」という考え方は、ドイツにおいて展開されたいわゆる「幅の理論」に示唆を得たものと思われる。そこで次節では、この「幅の理論」を中心として、ドイツにおける「量刑基準」をめぐる理論状況を概観することにする。

- (41) 佐伯千仞「刑の量定の基準」日本刑法学会編『刑法講座・第一卷』(昭和三八年) 一一二頁。
- (42) 佐伯・前掲論文(注41) 一一二—一一三頁。
- (43) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案(附同理由書)』(昭和三六年) 一一六頁(中野次雄執筆)。
- (44) 前掲書(注43) 一一六頁。
- (45) 前掲書(注43) 一一七頁。
- (46) 法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案説明書』(昭和四七年) 一一八頁。
- (47) 前掲書(注46) 一一九頁。
- (48) 前掲書(注46) 一一八—一一九頁。
- (49) 鈴木義男「刑法改正作業レポート(一〇) 刑の適用(その一)」ジュリスト三九五号(昭和四三年) 一一四頁。
- (50) 鈴木・前掲論文(注49) 一一四頁。

- (51) 前掲書(注43) 一二六頁。
- (52) 前掲書(注46) 一二九頁。
- (53) 前掲書(注43) 九六頁(小野清一郎執筆)。
- (54) 平野龍一「草案と責任主義」平場安治∥平野龍一(編)『刑法改正の研究1 概論・総則』(昭和四七年) 二二—三三頁。
- (55) 澤登俊雄「刑の適用」平場∥平野(編)前掲書(注54) 二五—二五三頁。
- (56) 澤登・前掲論文(注55) 二五四—二五五頁。
- (57) 澤登・前掲論文(注55) 二五五頁。
- (58) 西原・前掲書(注23) 四五五頁注(1)。
- (59) 我が国の改正刑法草案における量刑基準に関する論稿として、前掲のもののほか、阿部純二「刑法改正と犯罪論」ジュリスト四九八号(昭和四七年)三八頁以下、川崎一夫「刑の量定の一般基準について」法律時報四六卷六号(昭和四九年)一三一頁以下、斉藤誠二「刑法の改正と責任主義(一)」警察研究四五卷二二号(昭和四九年)一五頁以下、吉岡一男「刑の適用」法律時報四七卷五号(昭和五〇年)七一頁以下、石橋恕篤「量刑——草案四八条を中心として——」富士大学紀要二九号(昭和六一年)二七頁以下などを参照。
- (60) 前掲書(注46) 一二九頁。

(未完)

Untersuchungen über die Grundsätze der Strafzumessung (1)

— insbesondere zum „Verhalten nach der Tat“ als Strafzumessungstatsache —

Yuji SHIROSHITA*

§1 Fragestellung

§2 Einleitung

- I. Grundbegriffe der Strafzumessungslehre
 1. Bedeutung der Strafzumessung
 2. Strafzumessungsgrund und Strafzumessungstatsachen
- II. Die Strafzumessungsregeln im ausländischen Strafrecht
- III. Die Rechtsprechung

§3 Strafzumessungsgrund als Sollen

- I. Vorbemerkung
 - Zusammenhang von Straftheorie und Strafzumessungsgrund —
- II. Die Straftheorie in Japan und der Strafzumessungsgrund
 1. Die Theorie der Vergeltungsstrafe
 2. Die Theorie der Zweckstrafe
 3. Fazit
- III. Die Strafrechtsreform in Japan und der Strafzumessungsgrund
 1. §47 des Vorentwurfs 1961
 2. §48 des Entwurfs 1974 (in diesem Heft)
- IV. Die Strafzumessungslehre in BRD
- V. „Schuld“ und „Prävention“ in der Strafzumessung

§4 Strafzumessungstatsache als Sollen

— insbesondere zum „Verhalten nach der Tat“ —

§5 Zusammenfassung

*a. o. Professor an der juristischen Fakultät der Sapporo Gakuin Universität,
Dr. jur.