



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	量刑基準に関する一試論（２） 一量刑事情としての「犯罪後の態度」を中心に－
Author(s)	城下, 裕二; SHIROSHITA, Yuji
Citation	北大法学論集, 43(5), 1-43
Issue Date	1993-03-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15492
Type	departmental bulletin paper
File Information	43(5)_p1-43.pdf



量刑基準に関する一試論（二）

—— 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 応報理論と量刑基準

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（以上四三卷四号）

第四節 ドイツにおける理論状況

一 諸草案および現行刑法典における量刑基準

二 「幅の理論」について

三 「位置価説」について

四 小括（以上本号）

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

第三章 当為としての量刑基準

第四節 ドイツにおける理論状況

本節では、ドイツにおける諸草案および現行刑法典に掲げられた量刑基準を概観し、それらの規定、さらには我が国の改正刑法草案にも影響を与えたとみられる「幅の理論」とそれに対立する諸見解を見ていくことにする。⁽¹⁾

(1) ドイツの量刑論に関する一般的な文献としては、以下のものを参照。Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974; ders., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985; Günter Hirsch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1979, §46 Rn.1ff.; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 775ff.; Gerhard Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1990; Adolf Schönke=Horst Schröder=Walter Stree, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., 1991, §46 Rn. 1ff.; Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 1991, S. 153ff.; Reinhart Maurach=Karl Heinz Gössel=Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 557ff. [Zipf]; Heinz Zipf, Die Strafzumessung, 1977.

最近の論争点については、Hans-Jürgen Bruns, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988; Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99, 1987, S. 349ff., 751ff.

我が国の文献として、庄子邦雄「刑事責任と刑の量定——改正刑法準備草案第四七条とドイツ刑法草案——」三ヶ月章(編) 菊井先生献呈論集『裁判と法』(上)(昭和四二年)四二一頁以下、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、阿部純一「刑の量定の基準について(上)(中)(下)」法学四〇巻三号(昭和五二年)一頁以下、四一卷一号(昭和五三年)一頁以下、四一卷三号(昭和五三年)四一頁以下、同「刑事責任と量刑の基準」福田平二大塚仁(編)『刑法総論Ⅱ』(昭和五七年)八八頁以下、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)」「(五)」法学研究五五巻十号(昭和五七年)六七頁以下、五五巻一一号(昭和五七年)三四頁以下、五五巻一

二号（昭和五七年）八一頁以下、五六卷一号（昭和五八年）六二頁以下、五六卷二号（昭和五八年）六〇頁以下、川崎一夫『体系的量刑論』（平成三年）一頁以下などを参照。

一 諸草案および現行刑法典における量刑基準

(1) 一八七一年のドイツ帝国刑法は、量刑基準を規定していなかった。一九〇二年から刑法改正作業が開始され、第二次世界大戦前に発表された諸草案（一九〇九年予備草案八一条・一九一一年予備草案代案八一条・一九一三年刑法委員会草案一一〇条、一九一九年草案一〇六条、一九二二年ラートブルフ草案六七条・一九二五年草案六七条・一九二七年草案六九条・一九三〇年草案六九条）は、いづれも量刑に関する規定を設けていた。しかしここでは、考慮すべき量刑事情を掲げるといふ立法形式のみが採用されており、「責任」と「刑罰」の関係や、刑罰目的を明示するといった一般的な量刑基準は規定されなかった。その背景には、ビルクマイヤー（Karl von Birkmeyer）とリスト（Franz von Liszt）⁽²⁾ ヒッペル（Robert von Hippel）らによる「古典学派」対「近代学派」の争いが存在し、その一方の立場を採ることを諸草案が回避してきたという事情がある。

以下においては、第二次世界大戦後に公表された諸草案、および現行刑法典に示された量刑規定を概観し、その基本的立場を見ることにしたい。⁽⁴⁾

(2) 第二次世界大戦後の（西）ドイツ刑法改正作業は、連邦司法省において一九五三年に開始された。⁽⁵⁾ その最初の成果として、刑法大委員会（Große Strafrechtskommission）第一読会の決議による一九五六年刑法総則草案が公表された。⁽⁶⁾

五六年草案では、量刑基準に関して次のような規定が設けられた。

第二条（責任なければ刑罰なし）

責任なく行為した者は、これを罰しない。刑罰は責任の程度を越えてはならない。

第六二条（一般的量刑事情）

刑の量定に当たり、裁判官は、法律上の構成要件に属さない事情のいずれが行為者に不利となり、いずれが有利となるかを比較衡量する。原則として、裁判官は、次の事情を考慮すべきである。

行為に出た誘因、行為者の動機及び目的、

行為者の心情、意思の方向及び義務違反の程度、

使用された手段及び行為の責めに帰すべき結果、

行為者の前歴、その身心的、経済的事情、並びに行為者の行為後の態度、特に行為の結果を回復するための努力。

このように五六年草案は、二条において「責任」と「刑罰」の関係を規定するという形で「量刑基準」を条文化し、刑罰目的そのものについては明示しなかった。さらに六二条において、考慮すべき量刑事情を掲げている。

理由は、右の二条の命題が、本草案の特徴を打ち出すものであり、これによって草案は責任刑法を承認したことになる、と説明する。さらに「刑罰は責任の程度を越えてはならない」という命題は、①責任なき結果は犯罪行為に対して刑罰を加重する端緒を与えてはならない②行為者の危険性はそれだけで刑罰を加重する根拠となつてはならない③責任に相應する刑罰は特定の目的のために乗り越えられてはならない、という一連の帰結をもたらすとされる。⁽⁷⁾

理由書によれば——右の③の帰結を前提とした場合でも——一般予防・特別予防といった個々の刑罰目的は、責任刑法の内部で顧慮されうる。責任に相應する刑罰は法定刑の一定の幅で示されるという立場（後述する「幅の理論」）を採った場合には、その幅の範囲内で刑罰目的による刑の加重・減輕を行うことができる。また、責任に相應する刑罰は

法定刑の中のただ一点において示されるという立場（後述する「点の理論」）を採った場合には、刑罰目的による刑の減輕を行うことができる。責任刑法が意味するのは、刑罰は行為者の責任を常に網羅しなければならないということではない。原則としては、確かに刑罰は責任の要求する量に及ばずにいるべきではないが、例外はあり得る。例えば行為者の社会復帰という目的を達成するために責任の量を下回る量刑がなされるときでも、必ずしも法秩序の確証が危険に曝されるとは限らないのである。⁽⁸⁾

以上のようにして五六年草案は、原則的に責任と刑罰は相応すべきことを強調し、その限りで応報刑論に立脚しつつも、責任は刑罰の上限を制約するが下限は制約しないということをも明らかにし、一般予防・特別予防といった目的はこの責任の上限を超えない範囲内で考慮されたとしたのである。ところが、「刑罰は責任の程度を越えてはならない」という二条後段のこの規定に対しては批判が集中した。例えばドレーアー (Eduard Dreher) は、①責任の程度を実際に計ることも、ましてそれを確定した刑量に置き換えることも不可能である②責任刑法の観点からも、法秩序の維持、あるいは行為者に応じた処遇のために、責任の程度を越える刑罰が必要となることもある③責任が刑罰の下限を制約しないとすると、量刑の範囲が著しく広がり、責任刑法から大きく離れるおそれがある、と主張した。⁽⁹⁾

(3) そこで——五九年第一草案二条・六二条は五六年草案と同じであったが——五九年第二草案六二条、六〇年草案六〇条、六二年草案六〇条は、五六年草案二条に該当する規定を削除し「刑の量定の基礎は行為者の責任である」という文言を採用した。⁽¹¹⁾ここでは六二年草案六〇条を見てみよう。

第六〇条（量刑の基本原則）

① 刑の量定の基礎 (Grundlage) は行為者の責任である。

② 刑の量定に当たり、裁判所は、法律上の構成要件の要素でない限り、行為者にとって不利な事情及び有利な事情を相互

に比較衡量する。特に次のことを考慮する。

行為者の動機及び目的、

行為によつて表示された心情及び行為に際して向けられた意思、

義務違反の程度、

行為実行の種類及び行為の責めに帰すべき結果、

行為者の前歴、その一身的及び経済的状态、並びに、

行為後の行為者の態度、特に、損害を賠償するための努力。

六二年草案理由書は、五六年草案二条後段の「刑罰は、責任の程度を越えてはならない」という規定を批判して、次のように述べる。この規定は、責任とは確定した刑量に対応する一定の大きさであるという印象を与える。しかし、法律が判例と学説をこのような見解に拘束しようとすることは問題である。なぜならば、責任は、それが様々な重さをもつとしても、決して数学的な意味における一定の大きさを示すものではなく、さらに、少なくとも確定した刑量に対応するものではないという見解も有力だからである。草案は、個々の行為に対して法定刑の広い範囲内の狭い幅に含まれる様々な大きさの刑罰が、いずれも責任に相應するものとみなしうるといふ、連邦通常裁判所の判決によつて支持されている見解にも余地を与えなければならぬ⁽¹²⁾、と。

さらに、六二年草案六〇条一項の「刑の量定の基礎は行為者の責任である」という規定の意味について理由書はこう述べる。量刑に際しては責任が決定的な重要性をもっている。刑罰は、本質的に責任刑でなければならない。しかし、刑罰のその他の任務を考慮することにより、裁判官が責任に相應すると考えた刑罰が、加重・減輕されることもあり得る。ただし、そのような考慮によつて、刑罰がその核心において責任刑とはもはや認められないほど責任量から離れてはならない、と。理由書によれば、責任が量刑の「基礎」であるとは、一般予防、特別予防といった刑罰目的からみて

必要な場合には、責任に対する償いとしてとどまっている範囲内で、責任を上回ったり、下回ったりする量刑が許されるということを意味する。⁽¹³⁾

このように六二年草案六〇条一項は、五六年草案二条後段が「責任」を刑罰の「上限」としたのに対し、「責任」を量刑の「基礎」とすることによって——一定の限度はあるものの——「責任」に対する刑罰目的の優位を認め、責任を上回る量刑をも可能としたのである。

(4) 右のような六二年草案を批判して、バウマン (Jürgen Baumann) 、アルトゥール・カウフマン (Arthur Kaufmann) 、ロクシン (Claus Roxin) ら一四名の学者は、六六年に総則について「刑法改正代案」⁽¹⁴⁾を共同起草した。モラリズムからの脱却を基本思想とし、法益の保護と行為者の社会復帰とを刑罰目的に掲げつつ、特別予防、特に改善の観点を重視する多くの刑事政策的提案を試みた代案は、量刑についても次のような規定を示した。

第二条 (刑罰と処分との目的及び限界)

① 刑罰と処分とは、法益の保護と行為者の法的共同体への復帰に役立つものとする。

② 刑罰は行為責任の程度を越えてはならず、処分は公の利益が優越する場合にのみ命ぜられる。

第五九条 (量刑の基本原則)

① 行為責任が刑の最上限を決定する。行為責任は、不利な事情と有利な事情の合体により判断される。法律上の行為事情は、反復して用いられてはならず、行為者の責めに帰すべからざる行為の効果は考慮されてはならない。行為の前後の態度は、それが行為責任の程度を推測せしめる限りでのみ考慮されうる。

② 行為責任によって決定された程度は、行為者の法的共同体への復帰または法益の保護が必要とする限りでのみその最上限まで達することができる。

代案は、二条一項において「法益の保護」及び「行為者の法的共同体への復帰」という刑罰目的を掲げ、二条二項に

において「刑罰は行為責任の程度を越えてはならない」と規定する。前者は従来の諸草案には見られないものであったが、後者は五六年（及び五九年第一）草案の二条後段と極めて類似している。しかし、五六年草案と、代案の基本的思想は全く異なっている。このことを確認するために、代案理由書の説明を見てみることにしよう。

代案理由書は次のように述べる。二条一項は、刑法が制裁法として、人間に必要な、法の平和秩序維持に奉仕するものであることを明らかにしている。刑罰を科すということは決して形而上学的な現象ではなく、人間が本来そうしたのであるように、不完全な存在である共同体のやむを得ない必要性なのである。従って、少なからぬ場合において、法違反者は、ただ法秩序の存続のために自己の法益に対する国家による侵害を甘受しなければならないとも言いうる。このことは、重大な法侵害や最も重大な法侵害が判断されるべき場合、又は過失犯が問題となる場合に特に当てはまる。しかし、法秩序は、法違反者が再び法に違反しないように導かれるとき、最も良く確保される。それゆえに、制裁は、必要かつ可能な場合に、有罪の判決を受けた者を自由な法的共同体へ再び復帰させることに役立つよう、または少なくともできるだけ少ない損害しか生ぜしめないように形成されるべきなのである。⁽¹⁵⁾

二条二項について、代案理由書は以下のように主張する。刑罰が行為責任によつて限定された最上限に拘束されるということは、様々な意味をもっている。このことによつて、有責的な行態は、あらゆる刑罰の絶対的条件であり、常にそうであるということが表されているというのも、その一つである。刑罰を行為責任によつて限定するということが、法治国にとつて唯一の責任を負わせることである。代案の起草者達は、行為責任を厳密に数量化することは不可能であるという点について合意している。それにもかかわらず、個々の事例において許されている刑罰の最上限を行為責任と結びつけることの中に、法治国家に必要な安全装置がある。それは刑罰が特別予防的な理由から——それが改善であっても、また保安であっても——その限度を越えることを排除する。さらにその拘束によつて、個々の事例における一般

予防の考慮が、より高い刑を導くことも妨げられることになる。しかし、本項は、実際に科される刑罰が常に、行為責任によって限定された刑罰の最上限にまで達しなければならないということを意味するものではない。五九条二項が示すように、刑罰は、行為責任という最上限によってひかれた限界の範囲内で、行為者の法的共同体への復帰または法益の保護が必要とするところに従って、すなわち、特別予防・一般予防の必要性に基づいて決定されるのである。⁽¹⁶⁾

右に見た理由書の説明から明らかなように、代案は応報刑論に訣別し、「法益の保護」を内容とする一般予防を考慮しつつも特別予防論に重点を置いた目的刑論を採用している。また、法治国家的保障という観点から、行為責任によって刑罰の最上限が定められるとする。ここでは、刑罰が責任に相応すべきものとはされておらず、特別予防・一般予防の必要性が存在する場合にのみ上限としての責任に達することが認められている。これに対して五六年草案は、刑罰の上限は責任であるとする一方で、応報刑論に優位を認める立場から、原則的には刑罰は責任の要求する量に及ぶべきであるとし、刑罰が責任に相応すべきことを前提としていた。

このように代案においては、行為責任を上限とし、予防的考慮によって刑を導くという量刑基準が新たに提唱されたのである。

(5) しかし連邦議会において一九六三年三月から審議を続けていた「刑法」特別委員会(Sonderausschuss „Strafrecht“ des Deutschen Bundestages)の多数意見は、代案に対し批判的な見解を述べた。まず、代案二条二項の原則を法規によって確定することは、特にその命題が上告審にとって克服し難い困難を生ぜしめるから適切ではない、とした。さらに、代案五九条一項一段についても、この規定は責任を確定した刑量に対応する一定の大きさと理解する見解——いわゆる「点の理論」——に基づいているが、そのような見解に反対する学説、すなわち責任は数学的な意味における一定の大きさを示すものではなく、少くとも責任は確定した刑量の中に対応するものを見出すわけではないという見解

も有力であり、また、連邦裁判所の一部は、むしろ、法定刑の枠内にある比較的狭い範囲内における様々な量刑がいずれも責任に相応するとみる立場——いわゆる「幅の理論」——を採用しているのであるから、これらの中の特定の見解を立法化することには難点があるとしたのである⁽¹⁷⁾。

一九六九年に「刑法改正第一法律」(Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts)および「刑法改正第二法律」(Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts)が成立した。量刑の基本原則については、第一法律が二三条において規定し、第二法律はこれをそのまま四六条として受け継いでいる。第二法律はその後、一九七五年一月一日より現行刑法典の総則部分として施行された。条文は次の通りである。⁽¹⁸⁾

第四六条(量刑の基本原則)

①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と期待しうる効果を考慮するものとする。

②刑の量定に当たり、裁判所は、行為者にとって有利な事情及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及び行為に際して向けられた意思、

義務違反の程度、

行為実行の種類及び行為の責めに帰すべき効果、

行為者の前歴、その一身的及び経済的状态、並びに、

行為後の行為者の態度、特に、損害を賠償するための努力。

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。⁽¹⁹⁾

新総則四六条一項は——六二年草案六〇条一項の主語と補語を入れ換えて——「行為者の責任は、刑の量定の基礎で

ある」と規定し、新たに後段として、「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」という文言を追加した。六二年草案と同様に責任が量刑の「基礎」であることを宣言するとともに、量刑過程における裁判官の目標観念として特別予防的観点を強調したことが注目される。⁽²⁰⁾

四六条一項前段と後段との関係について、報告書は次のように述べる。責任に相応した刑には幅があるという理論(幅の理論)を採る場合には、量刑の他の観点、特に特別予防的観点はその幅の中で考慮されることには問題がない。また、責任に相応した刑は点で示されるという理論(点の理論)を採る場合には、一項後段は、責任の量から一定限度で離れることが正当であると思われる事例を解決する余地を与える。その場合に、刑は責任の程度を上回ることも下回ることも可能であるが、責任に対する正当な均衡であることをやめ、その核心において責任刑であることをやめるほど責任の限度から離れることは許されない。点の理論を採った場合に、一般予防の理由から責任の程度を上回ることにについては、特別委員会の誰もが賛成しなかった。他方、特別予防の観点から責任の程度を下回る場合には、裁判官は、特別予防、法秩序の確証、法的平等性という諸要求を相互に比較衡量しなければならぬ⁽²¹⁾——と。

なお、一九八六年一月一八日に成立した「刑事手続における被害者の地位を改善するための第一法律(被害者保護法)」(Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren (Opferschutzgesetz))により、四六条二項の最後の文言は「行為後の行為者の態度、特に損害を回復するための努力及び被害者と和解するための努力」と変更された。⁽²²⁾

(6) 以上概観してきたように、第二次世界大戦後の諸草案および現行刑法典においては、いずれも「責任」と「刑罰」の関係を明示するという形で一般的な量刑基準——いわゆる「量刑における責任主義」——が規定されている。さらに代案と現行刑法典には、刑罰目的が掲げられている。このうち「責任」と「刑罰」の関係については、(i)五六年草案・

五九年第一草案および代案のように「責任」を刑罰の「上限」とする類型と、(ii)五九年第二草案・六〇年草案・六二年草案および現行刑法典のように「責任」を量刑の「基礎」とする類型に分かれる。もっとも(i)の類型の場合、代案とその他の草案とは基本的思想が異っていることは既に見た通りである。従ってここでの対立は、「量刑における責任主義」について、応報刑論を重視した立場から理解するのか、それとも目的刑論を重視した立場から理解するのかというものであったと捉えることもできよう。

もちろん前者の理解においても、量刑に際しては一般予防・特別予防といった刑罰目的が考慮されうる。量刑は基本的に「責任」に拘束されるが、予防的考慮を働かせる余地も認めようとするのである。このような考え方を支えてきた有力な根拠づけの一つとして、諸草案の理由書においてもしばしば言及された「幅の理論」が存在する。そこで次に、この理論の意義と内容を見てみよう。

(2) 第二次世界大戦前の諸草案における量刑規定については、莊子・前掲論文(注1)四二八頁以下参照。Vgl. Bruns, Das Recht der Strafzumessung (Anm. 1), S. 31ff.; ders., Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1967, S. 104ff.

(c) Vgl. Karl von Birkmeyer, Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht, „Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen“, 1909, in: Karl von Birkmeyer und Johannes Nagler (Hrsg.), Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Bd. II, 1978 (Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1909); Franz von List, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, S. 25ff.; Robert von Hippel, Vorentwurf, Schulenstreit und Strafzwecke, ZStW 30, 1910, S. 871ff.

(4) ドイツにおける第二次大戦後の諸草案および現行刑法典上の量刑基準については、莊子・前掲論文(注1)四四五頁以下、阿部・前掲論文(注1)(上)三頁以下、同「西ドイツの新刑法総則について」法律時報四一巻一一号(昭和四四年)一〇八頁以下、佐伯千似「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)一二七頁以下、内藤謙「西ドイツ新刑法の成立——改正刑法草案との比較法的検討」(昭和五二年)九八頁以下、堀内捷三「均衡(比例)の原則と保

安堀分の限界」ジュリスト七七二号（昭和五七年）三九頁以下などを参照。

- (5) 第二次世界大戦後に再開した刑法改正作業においても、一九五六年草案成立までには、責任主義を強調するメツガー (Edmund Mezger) と特別予防を主張する E・シュニット (Eberhard Schmidt) との間に、厳しい意見の対立が見られた。<gl. Edmund Mezger, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Bd., 1954, S. 1ff.; Eberhard Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, edenda, S. 9ff. (翻訳として、中川祐夫訳「エドムント・メツガー『刑罰目的と刑の量定の規定』、『ドイツ刑法改正資料（第一巻上）』法務資料三七〇号（昭和三五年）三頁以下、尾中俊彦訳「エベルハルト・シュニット『将来の刑法典における刑罰目的と刑の量定』」同一七頁以下。）
- (6) Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung (abgeschlossen im Dezember 1956) mit Begründung, 1958. [以下、E 1956 と記す] (翻訳として、斉藤金作「一九五六年ドイツ刑法総則草案」早稲田大学比較研究所紀要二号（昭和三十三年）、同「一九五六年ドイツ刑法総則草案理由書（上）（下）」同四号・五号（昭和三四年）。）
- (7) E 1956, Begründung (Anm.6), S. 4.
- (8) E 1956, Begründung (Anm.6), S. 4f.
- (9) Eduard Dreher, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12, 1959, S. 44ff.
- (10) Entwurf eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung, zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz (E 1959), in: Niederschriften, Bd. 12, Anhang B.
- (11) Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E 1959 II) nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in zweiter Lesung, zusammengestellt und überarbeitet von Bundesministerium der Justiz (vgl. Niederschriften, Bd. 12, S. 472); Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1960 mit Begründung (翻訳として、斉藤金作「一九六〇年ドイツ刑法草案」早稲田大学比較法研究所紀要一八号（昭和三十六年）。); Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962 mit Begründung, Bundestagsvorlage, BT Drucksache IV/650. [以下、E 1962 と記す] (翻訳として、「一九六二年ドイツ刑法草案」刑事基本法令改正資料二号（昭和三八年）「一九六二年ドイツ刑法草案理由書（総則篇）」同一〇・一一号（昭和四一・四三年）。）

なお(1)五九年第二章案六二条(1)(六〇年草案六〇条(1)(六二年草案六〇条)はほぼ同じ規定であるが、次の文言が異なる。まず、

(i)と(ii)では sein Bemühen um die Wiedergutmachung des Schadens が sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen へと変更された。また (iii)と(iv)では die in der Tat zum Ausdruck gekommene Gesinnung が die Gesinnung, die aus der Tat spricht となり、insbesondere が besonders へと変更された。

(12) E 1962, Begründung (Ann.11), S. 96.

(13) E 1962, Begründung (Ann.11), S. 97, 181. のように六二年草案理由書は、五六年草案二条後段の「刑罰は、責任の程度を越えてはならない」という規定は、「点の理論」を採用したという印象を与えるので妥当ではないとした。しかし既に見たように(注8参照)、五六年草案説明書においては、「二条後段の規定は「点の理論」だけでなく「幅の理論」からも理解可能なものとして位置づけられていることに注意する必要がある。

(14) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil (以下「AE」と記す), 1. Aufl. 1966, 2. Aufl. 1969. (第一版の翻訳として「一九六六年ドイツ刑法草案総則対案」刑事基本法令改正資料二二号(昭和四三年)・「一九六六年ドイツ刑法草案対案理由書」同一五号(昭和四四年))。代案の基本的立場について, Jürgen Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968. (翻訳として、ユルゲン・パウマン編著・佐伯千仟編訳「新しい刑法典のためのプログラム」(昭和四七年))を参照。代案に関する我が国の文献として、阿部・前掲論文(注1)(上)一四頁以下のほか、宮澤浩一「一九六六年西ドイツ刑法改正対案の刑事政策的規定について」判例タイムズ二〇六号(昭和四二年)二頁以下、同「西ドイツにおける刑法改正対策」ジュリスト二七二二号(昭和四二年)一一二頁以下、ユルゲン・マイヤー／小暮得雄・能勢弘之「西ドイツ刑法総則代案をめぐって——ミュンスター会議の一記録——」(一)(三)ジュリスト四〇四号(昭和四三年)一〇二頁以下、四〇五号(昭和四三年)六三頁以下、四〇六号(昭和四三年)一三四頁以下などを参照。

(15) AE (Ann.14), 2. Aufl., S. 29.

(16) AE (Ann.14), 2. Aufl., S. 29, 115.

なお、一九六七年のミュンスター会議において主張された、代案二条・五九条をめぐる諸見解については、vgl. ZStW 80, 1968, S. 1ff. 以下、ユルゲン・マイヤー／小暮・能勢・前掲論文(注14)を参照。

(17) Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT Drucksache V/4094 (以下「1. Bericht」と記す), S. 5. Vgl. Hartmuth Horskotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Straf-

Bemessung (§§13-16, 60StGB), JZ 1970, S. 122ff. さらに、内藤・前掲書(注4)九八頁以下参照。第一報告書におけるこの部分は、六二年草案理由書に示された五六二年草案二条後段に対する批判とはほぼ同様である(注12参照)。なお、特別委員会においても、六二年草案理由書と同様に(注13参照)、刑罰は行為責任の程度を越えてはならないという代案の規定は「点の理論」のみに依拠するものであって適切ではないと批判されている。しかしここでも、代案理由書は「起草者達は、行為責任を厳密に数量化することは不可能であるという点について合意している」(AE, 2. Aufl., S. 29)と述べていたことに注意しなければならない。

(18) 訳文は、宮澤浩一訳「ドイツ刑法典」法務資料四三九号(昭和五七年)による。

(19) これは、新たに追加された一項後段が前段の「刑の量定」のに関連することを示すためのもので、内容上の変更ではないとされる。その他にも、新総則四六条は(i)二項前段で、六二年草案の「行為者に不利な事情及び有利な事情」という文言の順序を表現上の理由から逆に変更し、(ii)二項前段との密接な関係を明らかにするために、二項後段の最初に「その際に」(dabei)という語を挿入し、(iii)三項で、六二年草案二項前段の「法律上の構成要件でない限り」という部分を独立の規定とした。I. Bericht (Ann.17), S. 4f.

(20) 一段後段は、社会復帰という意味での行為者の再社会化を主たる内容とするが、それだけではなく罰金刑の訓戒効果や葛藤犯人における警告作用、自由刑の社会化阻害効果をも含むとされる。I. Bericht, S. 4.

(21) I. Bericht (Ann.17), S. 5. なお、四六条一項の「責任」の意義については特別委員会は特に説明していない。六二年草案では道義的無価値判断とされていた(E 1962, Begründung, S. 96)。

(22) この点については、第四章で後述する。

二 「幅の理論」について

(1) 量刑基準に関する、いわゆる「幅の理論」(Spielraumtheorie)——責任に相応する刑には「幅」があり、裁判官はこの「幅」の範囲内で予防目的を考慮して最終刑を決定することができるという見解——は、ドイツの学説・判例において通説的地位を占めている。⁽²³⁾ それは、応報刑論と目的刑論の止揚を目指す「統合説」からの帰結として、責任主義に立脚しつても予防目的に資する量刑を可能にしようとするものである。

この理論の提唱者とされるのは、ヘーゲル学派に属したベルナー (Albert Friedrich Berner) である。

彼は、⁽²⁴⁾ 刑罰理論について、応報を基礎としつつ、威嚇や改善目的をも考慮に入れるという意味での「統合説」を採用した。ところが、その場合に応報という観点から要求される刑量と威嚇・改善という観点から要求される刑量との間には、外見上の矛盾が生ずる（いわゆる「刑罰目的のアンチノミー」）。その矛盾を解消しようとして彼が採用したのが、現在「幅の理論」と呼ばれる見解であった。この見解の内容を、彼は次のような例を挙げながら説明している。⁽²⁵⁾

「量(Maß)の概念は次のことを前提としている。すなわち、ある量(Quantität)はそれのもつ質的概念を失わずに増減することができ、一定の幅(Spielraum)をもっているのである。例えば氷は零度まではなお氷であり、氷は八十度まではなお水であり、これを越えて初めて蒸気となる。また、百頭の家畜のうちから一頭を除去し、また一頭、さらに一頭除去したとしても、家畜の群れは依然として家畜の群れである。しかし、どのような場合でも、質を変化させないかぎりにはもはや量を変えることができない限界点⁽²⁶⁾があらわれる。」

このような基本的視点を刑罰に向けた場合について、ベルナーは次のように続ける。

「刑罰もまた、感覚的な苦痛の量(die Quantität des sinnlichen Leidens)がある程度増減されたとしても、なお真の応報、すなわち正当な刑罰にとどまっている。このことを、民衆意識は熟知している。犯罪者に科せられる刑罰は、ほんの僅かな

ものを付加することも除去することもできず、もしそれを行えば不正を犯すことになるといったものでなければならぬ、などとは誰も主張しないであろう。もちろん、実定法に絶対的法定刑が規定されている場合は別である。それ以外のすべての場合においては、ある犯罪者が一〇〇二日の重懲役に処せられるか、それとも一〇〇三日の重懲役に処せられるかということは、正義の概念や国民の応報意識にとっておそらく重要ではないだろう。しかし応報の量(Vergeltungsmaß)は、民衆意識の中に確かに存在している。ここでも、民衆感情が、いや犯罪者自身でさえ『この刑罰は重すぎるから不当だ』あるいは『この刑罰は軽すぎるから不当だ』と言うに違いない、ある限界点があらわれる。大部分の諸立法は、最大と最小の間に一定の幅を認めるような、相対的に確定された刑罰規範をもっており、ここでも、異なる観点を考慮しうる上述の意味での量(Maß)がはたらいっているのである。

かようにして我々は、刑罰の思弁的な概念をそこなうことなしに、諸々の相対説が正当な応報の限度内で適用されうるような幅の存在を証明したのである。⁽²⁷⁾

以上のようにベルナーは、立法の段階および裁判の段階における「量」の概念が、応報によって枠づけられる「幅」をもつことを主張し、従って量刑においては、正義の実現としての応報から導かれる刑量の「幅」の範囲内で、威嚇・改善目的を考慮して個別的な刑を定めるべきだとしたのである。

(2) ベルナーの所説は、ヒッペル(Robert von Hippel)⁽²⁸⁾によって支持され、ペータース(Karl Peters)⁽²⁹⁾、シュペンデル(Günter Spendel)⁽³⁰⁾らによってさらに展開されていった。特に詳細な理論づけを行ったのは、シュペンデルである。

彼によれば、量刑の場合には、通常は絶対に正しい唯一の刑が導き出されるのではない。具体的な犯罪にとって「正しい応報」となる一連の害悪の量(eine Reihe von Übelquanten)に応じた幅が存在する。しかし、このような不明確さは、刑罰の内容を実際に確定することの困難さに基づくだけではなく、理論的に事物の本質の中に含まれている、原理的な性質によるものである。なぜならば裁判官は、寛大な処理をなすべき犯人を軽く扱い、法秩序が警戒しなければならぬ犯人を重く扱うことによって、行為と行為者の密接不可分な相互関係を許された範囲内で考慮に入れることがで

きるからである。自由刑の特性は、威嚇、教育、保安といった二次的な刑罰目的を顧慮し、応報原理によって認められた幅の範囲内で獲得することができるという点に存在する。⁽³¹⁾

このようにしてシュベンデルも、ベルナーの見解を敷衍し、応報の観点から認められる「幅」を考え、その範囲内で刑罰目的を考慮することによって刑の量定を行うべきことを主張したのである。

(3) 学説上展開されてきた「幅の理論」⁽³²⁾は、ドイツ連邦通常裁判所によっても採用されるに至った。以下において、主要な判例の流れを概観することにしよう。

〔1〕連邦通常裁判所第五刑事部 一九五四年二月一〇日判決⁽³³⁾

原審であるハンブルグ陪審裁判所は、生後十九か月の娘に対する殺人未遂と殺人について、被告人を無期の重懲役に処した。その際、原審は被告人に著しい責任能力の低減があったことを認めたが、刑法五一条二項による裁量的減軽を行わなかった。この点が法令違反にあたるとして被告人から上告がなされた。上告理由の中で、原審が一般威嚇の思想を考慮していた点が批判されたが、このことについて、本判决は以下のように述べた。

「いかなる刑が責任に応じたものであるのか、ということを正確に決定することはできない。ここには、ある幅(Spielraum)が存在し、下限は既に責任に相応する刑により、上限はなお責任に相応する刑により限界づけられている。事実審裁判官は、上限を越えてはならない。従って彼は、刑の程度や種類において、もはや責任に応じたものと感ぜられないほど重い刑罰を科してはならない。しかし、彼がこのような幅の範囲内での程度の刑を科すかについては、彼自身の裁量に委ねられている。本件のように、通常の事例に対し無期の懲役刑のみを規定している場合において、行為者の責任能力が著しく低減しているときは、無期の重懲役と一定の有期懲役が幅の中に存在しうる。すなわち、責任能力が著しく低減した行為者による殺人行為に対して、一五年の重懲役が既に責任に相応する刑であり、無期の重懲役もまた責任に相応する刑であるとみなされ

るということは、十分に可能である。事實審裁判官がこうした場合に、彼が選択できるいくつかの責任に相応する刑の中から、一般威嚇の思想によって最も重い刑を選んだとしても、それは法の適用を誤ったものではない。この刑もまた幅の中に存在するのである。

判決が一般威嚇の必要性について付加的に説明したことは、陪審裁判所が無期の重懲役を責任に相応する刑であるとは考えず、結局一般威嚇の思想が要求するという理由でこの刑を言い渡したことを意味するものではない。むしろ判決は、陪審裁判所が、無期の重懲役を行為の責任内容に合致した刑であるとみなしたことを明らかにしている。従って、付加的な説明は、ただ、一般威嚇の思想が、陪審裁判所に対して、既に責任に相応するものであるよりも低い刑を科すことを思いとどまらせたという意味において理解される。これは法の適用を誤ったものではない。⁽³⁴⁾

このように本判例は、責任に相応する刑の量および種類を客観的に確定することはできず、裁判官は、責任に応じた刑の上限・下限の間から、刑罰目的を考慮しつつ自己の裁量により最終的な刑を確定できるとした。判例上初めて「幅の理論」が採用されたものとして重要な意義を有するが、ただここで言及された「幅」には無期の重懲役（上限）から一五年の重懲役（下限）までが含まれており、かなり広い「幅」が想定されていることに注意しなければならない。そこから、「幅の理論」は「限定責任能力者に対する裁量的刑罰軽減の法制のもとで、限定責任能力と認めたらうえて最高刑を科すための根拠づけとして登場した」という評価もなされているのである。⁽³⁵⁾ また、本判例では、「一般威嚇」を理由として最上限の刑が選択されていることも特徴である。⁽³⁶⁾

〔2〕連邦通常裁判所第二刑事部 一九六五年八月四日判決⁽³⁷⁾

原審であるカッセル地方裁判所は、四件の強姦未遂と一件の猥褻行為未遂について、被告人を軽懲役四年の併合刑（Gesamtstrafe）に処した。被告人には責任能力の低減が認められ、さらに、各行為が未遂であることから、法定減輕に

よって下限を二二日と一日にまで下げることが可能であった。検察官は、個別刑(Einzelstrafe)として各行為について軽懲役六月、併合刑としては軽懲役一年六月に処すべきであるとし、さらに、医療施設への収容をも命ずべきだとした。ところが原審は、法定減輕を行い、さらに酌量減輕をすべき事情も認めながら、各行為について軽懲役一年の個別刑とし、併合刑としては軽懲役四年を言い渡した。また、被告人の人格の發育段階からみて施設収容は適當でなく、保安目的は刑の加重によっても達成可能であるという理由から、保安・改善処分は命じなかったのである。

連邦裁判所は、被告人の上告を容れ、責任に相應した刑を科すときに必要となる収容命令が、行為者の責任にもはや相應したものとは言えない重い刑によつて置き換えられることは許されないと、次のように述べた。

「量刑の基礎は、法秩序の侵害という意味における行為の重さと、行為者の個人責任の程度である。これらの観点を考慮し、また相互に衡量することによつて、裁判官は正しい意見をすべきである。法定刑はそのために、その範囲内ではある刑がなお責任に相應するものとして認められるような一定の幅を裁判官に示している(BGHSt 3, 179; 7, 28)。裁判官は、その場合、威嚇や保安といった他の刑罰目的にも余地を与えることが可能である。しかし予防目的は正しい刑を上回るまでに考慮されてはならない。二次的な量刑事由は、このような意味での過度の状態を決して正当化することはないのである。」⁽³⁸⁾

本判例も、前述の判例〔1〕と同様の立場を採るが、判例〔1〕がいわば重罰化の方向で「幅の理論」に依拠していたのに対し、本判例では、責任に相應する刑を予防的考慮から上回ることを禁止する「歯止め」として「幅の理論」が援用されていると言える。

〔3〕連邦通常裁判所第一刑事部 一九七〇年一月二七日判決⁽³⁹⁾

原審のハイルブロン地方裁判所少年部は、被告人に対し、未成年者との同性愛行為の連続犯について、危険な常習犯

人 (gefährlicher Wohnheitsverbrecher) として一年九か月の重懲役に処し、さらに保安監置 (Sicherungsverwahrung) を命じた。檢察官は、原審が、保安監置を命じたことによつて責任に比して明らかに軽い刑を科したと批判し、上告した。すなわち、原審は科せられるべき刑の一部が同時に言い渡された保安監置に置き換えられるとしたが、このように、刑を責任の量から分離することは認められないとしたのである。

連邦裁判所は檢察官の主張を認め、前述の判例〔2〕を引用しつつ、刑が責任に相応した幅から逸脱することは許されないとして以下のように述べた。

「刑法改正第一法律は、刑法と処分の二元主義の体系を維持している。今や法律上の根拠をもつ責任原理（二三条一項前段）は、刑罰と処分の任務を明確に区別することを要求している。刑罰の様々な機能を考慮して行う量刑の基礎は、行為者の責任である。刑は、その正しい責任の清算という使命から、内容的に上に向つても下に向つても解放されてはならない（第五立法期間刑法改正特別委員會議事録二七九五頁、同委員会第一報告書五頁参照）。特別の危険性があるため行為者を責任に相応する刑期を越えて拘束する必要がある限りにおいて、自由を剝奪する処分、特に保安監置を命ずるべきなのである。刑罰と処分は、実質的な接触点を異にする。従つて、処分命令は、刑の量定に際し、刑が責任に相応する刑を下回りうるといふ意味においても考慮されてはならない。」⁽⁴⁰⁾

本判例は刑法改正第一法律施行後のものであるが、「幅の理論」は従来と同様に支持されている。判例〔1〕〔2〕では、責任に相応する刑（の幅）を上回することは許されないと明言されていたが、本判例はそれを上回ることも下回ることとも認められない旨を強調している。もつとも本判例および判例〔2〕では、判例〔1〕と異なり、「責任の幅」の上限・下限は明示されていない。いわば消極的な形で、「責任の幅」の範囲外にある刑罰を排除したものと評せよう。

連邦通常裁判所の判例⁽⁴¹⁾によつて示された「幅の理論」の内容について、ドレーアー (Eduard Dreher) の説明に従つて

ここで整理しておこう。⁽⁴²⁾

①責任に相應する刑を越えてはならない。

②しかし、責任に相應する刑は、明確に確定されるものとしては存在しない。すなわち、客觀的に存在するものではないから、主觀的に認識することもできない。

③その代わり、個々の場合において、責任に相應する刑の上限と下限によって限界づけられた幅の範囲内に、責任に應じたいいくつかの刑罰が存在する。

④特別予防・一般予防といった刑罰目的は、責任に相應する刑の幅の範囲内において具体的な刑を選択する場合にのみその機能を果たすものであり、その限りで具体的な刑は幅の上限・下限へと接近することが可能となる。しかも、最上限・最下限に至ることもできる。

その後連邦通常裁判所は、場合によっては責任に相應する刑を下回ることを認めるに至った。

〔4〕連邦通常裁判所第二刑事部 一九八五年十一月八日決定⁽⁴³⁾

原審であるケルン地方裁判所は、おとり捜査に誘発されて麻酔薬法に違反する行為を行った被告人に対し、同法二九条三項四号の原則的加重事例（特に重い場合）の規定を適用して三年六か月の自由刑を言い渡した。これについて連邦通常裁判所は以下のように述べた。

「国家の命令による警察のわなが、犯行を全く予定していなかった被告人を実行の着手へと至らしめる決定的な誘因となつた場合、かような誘発は責任とは無関係な量刑事情となり、全体評価の中で被告人に有利に作用する。そこでは、犯行を予定していなかった者を責任と刑罰に巻き込むという、犯罪解決および防止の利益に内在する特別の危険が現実化するのであ

る。被告人が公益のために右の危険に曝されたのならば、そのような事情は減輕事由としても評価されなければならない。この場合、法定刑の範囲内で、責任に相應する刑罰を下回ることも考慮⁽⁴⁵⁾されうる。」

判例〔3〕においては、責任に相應する刑罰を上回ることも下回ることも許されない旨が示されていた。これに対し判例〔4〕では、理論的根拠が必ずしも明らかではないが、おとり捜査に基づく犯行という特別な量刑事情は被告人に有利に作用し、責任に相應する刑を（法定刑の下限まで）下回る量刑も導かれうるとされる。後に見るように、責任に相應する刑罰を下回ることが許されるのか否かは「幅の理論」に伴う一つの問題であるが、本判例は「責任の幅」の下限を緩和するものとして注目⁽⁴⁵⁾されよう。

(4) 学説および判例上展開されてきた「幅の理論」に対しては、常にある、正確に定まった刑のみが責任に応じうると主張する、いわゆる「点の理論」(Punktstraftheorie)の立場からの批判がなされてきた。

ガラス(Wilhelm Gallas)は次のように述べる。刑罰が「正しい応報」と言えなくなるような範囲が明らかになるとしても、それは外見的な幅を意味するにすぎず、その範囲内にあるどの刑罰も、等価的な制裁とは言えない。むしろそれは、近似値としてのみ認識可能な、求められるべき刑の上限と下限を示すにとどまる——と。同様にハイニッツ(Ernst Heinitz)も、責任に應ずる刑は常に唯一のものとして存在するが、我々の認識能力がこれを明確に定めることができる⁽⁴⁶⁾だけであるとした。

この考え方をさらに詳細に展開したのがアルトゥール・カウフマン(Arthur Kaufmann)である。彼は「責任は、形而上学的な現象(ein metaphysisches Phänomen)である」として、次のように述べる。「従って、いかなる理論も絶対的に正しい刑に到達するのに役立つような量の原理を示すことはできない。個々の場合においてどの刑が正当であるかということは、責任からは、合理的な手段によって一義的には確定されず、大部分は伝統的な量刑実務の問題である」と。

しかし彼によれば「形而上学的認識の不明確性が、形而上学的対象の不明確性をも意味するわけではない」のであって、「責任量を一義的に確定できないということから、責任刑が確定的な量ではなく、多少の広がりをもつ『幅』の範囲内で変動するものであるとはいえない」ことになる。結局彼は、「この『幅の理論』は、認識論的問題と存在論的問題を混同している」と批判するのである。⁽⁴⁷⁾

ただ「点の理論」を主張するにしても、現行ドイツ刑法四六条——責任を量刑の「基礎」として位置づけ、最終刑は予防上の必要性から決定すべきことを定める——の解釈とどのように適合させていくか、という問題は残ろう。これについて「点の理論」の支持者は、責任に相応する刑を「点」と理解しつつも、刑が「その核心において責任刑にとどまっている限りで」、すなわち責任刑からあまり離れない範囲内で、「点」としての刑量を予防的考慮から修正することを可能であるとしているのである。⁽⁴⁸⁾一方「幅の理論」の側からは、この「点から離れることの許容範囲」が「幅の理論」の「幅」と重なるとして、両説の一致も主張されている。⁽⁴⁹⁾

(5) 学説の中には、「点の理論」を否定することは、「幅の理論」をも否定することになるのではないか、すなわち、一定の責任量を認識できないのならば、幅の範囲をも認識できないのではないか、という問題意識に基づいて、次のように主張する立場もある。

ドレーアーは、点の理論を、客観的に特定される点⁵⁰は存在しないとして否定したうえでさらに幅の理論にも疑問を示す。すなわち、一定の刑量を客観的に把握することが不可能であるとすれば、なぜそのような限界量(Grenzenbetrag)が客観的に存在するといえるのか全く不可解である。具体的な行為に対する刑の一定量が存在することに異議を唱えれば、より一層当然のこととして、一定の限界量が客観的に存在するということにも異議を唱えることになるはずである。たとえこのことが、客観的に存在する刑の一定量を単に主観的に認識できないということに由来するとしても、一定量の

刑を発見できるような限界も依然として不明確なままであるに違いない。それよりもむしろ、一定の客観的な値の近くに推定的な近似値を見い出すことを考えることができようが、上限や下限に近づくほど値は不確定となり、一定の限界値を確定するのは不可能となってしまう。存在するのはただ、流動的な限界 (fließende Grenzen) のみである。確かに、明らかに不当であると認めることが可能な下限および上限の刑量が存在するということはあり得よう。しかし、直接的に、幅の理論の限界値が存在するということはあり得ない。⁽⁵⁰⁾

このようにしてドレーアーは、幅の理論はその出発点においてのみ——換言すれば、具体的な行為に対する一定の刑量は存在しないとする点においてのみ——正しいとする。彼は、結局次のように主張する。「量刑は、裁判官の創造的な社会的形成行為 (sozialer Gestaltungsakt) である。裁判官は、自らの見解によって、法的共同体において責任に応じた刑と思われる、唯一の特定の刑を明らかにしなくてはならない。彼は、幅のままで満足してはならないのである」⁽⁵¹⁾と。

(6) 以上のような批判的見解を意識しつつも、「幅の理論」は今日なお有力に主張されている。⁽⁵²⁾行為者の責任を量刑の「基礎」とし、さらに特別予防目的をも考慮しなければならないとする現行ドイツ刑法四六条一項の文言とも無理なく調和するものと言えよう。もともと右に見たように、元来「幅の理論」は、応報刑論と目的刑論の止揚を目指す「統合説」の量刑論における帰結であった。すなわち、応報の観点から要求される責任刑の範囲内で予防的考慮に基づいた最終刑を導こうとしたのである。従って応報刑論を否定する立場からは、「幅の理論」も採用できないとするのが一貫しているとも言える。⁽⁵³⁾しかしロクシンは、応報刑論を否定しつつ、⁽⁵⁴⁾責任刑を目的刑の観点から構成することによって、「幅の理論」の正当性を証明したのである。

彼は、「点の理論」の論者が、事物じたいではなく「人間の認識能力の限界」を自説の根拠にしたことを批判して、

次のように述べる。⁽⁵⁵⁾ 責任の量に正確に相應する刑の量じたいは存在するが、それを我々が正確に認識することができないだけである、ということにはならない。そのような刑の量はおよそ存在しないのであり、従つて、幅の理論だけが量刑行為の現実性を正しく評価している。すなわち、責任に應じた量刑は、その行為の故にその者に「ふさわしい」(verhältnismäßig)制裁、つまりその者の犯罪の重大性に相應する制裁を行爲者に科すことによって、侵害された法的平和を再び確立し、一般人の法意識を強化する、という社会政策的な目的を有しているのである。しかし、その「ふさわしい」制裁は、可變的な社会心理的評価、すなわち法共同体の判断の結果なのであり、刑の量に関しては、最初から点として決定されるのではなく、ただ一定の幅をもつ帯域(Bandbreite)においてのみ経験的現実性を有するのである。⁽⁵⁶⁾

さらにロクシンは続ける。刑の量が少しばかり増減しても、「ふさわしい反作用」によつて呼び起こされるはずの一般予防効果に対しては、重要な意味はない。實務経験も學識も豊かな裁判官に対して、ある事件で、一〇月と二週の自由刑と、一〇月と三週の自由刑のどちらが責任に相應する量であるかと尋ねたとしても、彼は答えることができないであろう。なぜならば、責任刑をなお合理的に発見しようとすれば、結局、刑の量におけるこのような僅かな差を度外視する正義感覚(Gerechtigkeitsempfinden)によつて量定せざるを得ないのである。せいぜいその裁判官は、九月から一二月の自由刑が相当であつて、この枠外にある軽い制裁や重い制裁は、科刑における統一的基準を危うくし、正義という点で損失となる、ということしか言えないだろう。従つて、「正当な」(richtig)責任刑は、最初から、九月から一二月の期間に相應し、理論的出発点からみても、それ以上厳密化される余地はないのである。⁽⁵⁷⁾

ここで重要なことは、責任刑もそれ自身において意味があるのではなく、責任刑により判決が社会の側から正当なものであるとして承認され、一般人の法意識の安定に寄与するという意味での一般予防作用を有すると解されている点である。すなわち責任刑も目的刑なのであり、「幅の理論」は「一般予防目的のために役立ち得るようにされた責任刑の適切な

理論的表現」と言えるのである。⁽⁵⁸⁾ここでは、責任刑は応報刑論とは無関係なものとして理解されている。

(7) ところで「幅の理論」を採用した場合に、(i)幅の中でどのように予防目的を考慮すべきか(ii)予防上の理由から「責任の幅」を上回ったり下回ったりしてよいか、という問題が生ずるが、これについてもロクシンは次のように明快な解答を与えている。

まず(i)については以下のように考えるべきである。最終的な刑はドイツ刑法四六条一項後段に定められている特別予防の考慮によつてのみ導かれる。問題は一般予防である。これは「威嚇予防」と「社会統合のための一般予防」(責任刑による清算的一般予防⁽⁵⁹⁾または「法の確証」(Rechtsschwerung)・「法的忠誠の訓練」(Einübung in Rechtstreue))に分かれるが、前者は法律上の根拠を欠き、刑事政策的理由も薄弱であるため否定されるべきである。また、後者は刑が「責任の幅」の中にあることによつて(すなわち責任と均衡している最下限の刑によつて)既に満たされている。従つて「責任の幅」の範囲内では、それ以上に一般予防が考慮される余地はない。⁽⁶⁰⁾

また(ii)については次のようになる。「責任の幅」を上回るとは責任主義の自由主義的保護目的から当然許されない。下回るとは——ドイツ刑法四七条(短期自由刑の回避)・五六条(保護観察のための刑の延期)などの規定の趣旨からすれば——特別予防的考慮から責任刑が具体的な場合において社会化のためにマイナスに作用すると判断されるときには、「法秩序の防衛」(die Verteidigung der Rechtsordnung)という最低限の一般予防に反さない限り許される。⁽⁶¹⁾と。

もっともこれらの帰結に対しては、異なる見解も主張されている。まず(i)については、四六条一項が「一般予防」に関して何も言及していなくても、四七条・五六条の刑事政策的規定が、刑種の選択に際して「法秩序の防衛」という意味での一般予防の観点を要求している以上は、四六条における刑量の決定に当たってもその趣旨は考慮に入れられるべきであるとされる。⁽⁶²⁾ただそれは司法の機能に対する重大な危険が存在し、国民の法感情が要求するときに限定され、こ

の場合、例えば特に危険で模倣性の高い犯行を重く処罰するという公共の利益が、「責任の幅」の範囲内で特別予防的考慮に優先することになる。⁽⁶³⁾

また(ii)に対しても——既に見た判例〔3〕のように——量刑による「責任の清算」を重視し、刑罰の責任相応性を厳格なものと解する立場からは、(例外的規定が存在する場合は別として)「責任の幅」を下回することは許されないという批判が生じうる。⁽⁶⁴⁾ また、四六条一項の文言に照らしても、責任に相応する刑の幅を下回することは、もはや行為者の責任を「基礎」とする量刑とは言えないとされている。⁽⁶⁵⁾

- (23) 「幅の理論」について、Bruns, Strafzumessungsrecht (Anm.1), S. 263ff.; ders., Das Recht der Strafzumessung (Anm.1), S. 105ff.; Maurach-Gössel-Zipf, a. a. O. (Anm.1) S. 562ff. [Schuldrahmentheorie によつて] ; Claus Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Hans Walder und Stefan Trechsel (hrsg.), Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, S. 463ff. (翻訳として、酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」C・ロクシン〔宮澤浩一監訳〕『刑法における責任と予防』(昭和五九年)一一五頁以下); Friedrich Schaffstein, Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, in: Karl Lackner, Heinz Lefrenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp, und Ernst Amadeus Wolff (hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 99ff. (本論文に関しては、刑法読書会〔浅田和茂〕「ウィルヘルム・ガラス記念論文集の紹介(八) フリートリッヒ・シャフスタイン『幅の理論』責任概念および刑法改正法による量刑」龍谷法学一二巻三号(昭和五四年)一〇九頁以下参照); Günter Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954; Hellmuth von Weber, Die richterliche Strafzumessung, 1956, S. 12ff.; Walter Grasnig, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987. などを参照。我が国の文献としては、阿部・前掲論文(注1)(中)一頁以下、大谷實「人格責任論の研究」(昭和四七年)二九六頁以下、山火正則「幅の理論」と相対的不定期刑論」法学四七巻五号(昭和五九年)七四頁以下、川崎・前掲書(注1)八三頁以下がある。さらに、堀内捷三「刑罰目的としての『法秩序の防衛』の意義」堀内捷三・町野朔・西田典之(編)『判例によるドイツ刑法』(昭和六二年)二四九頁以下、金澤文雄「刑法の目的」矯正協会(編)『矯正協会百周年記念論文

集・第一巻』(昭和六三年)一九八頁以下参照。

- (24) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898, S. 4ff.
- (25) Albert Friedrich Berner, Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, sowie zu einer begriffsmäßigen Vereinigung der relativen Theorie mit der absoluten, Archiv des Criminalrechts, 1845, S. 144ff., zit. nach Heinz Zipf, Die StrafmaBrevision, 1969, S. 55ff.
- (26) Zipf, a. a. O. (Anm.25) S. 55.
- (27) Zipf, a. a. O. (Anm.25) S. 55f.
- (28) Robert von Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 409.
- (29) Karl Peters, Grundfragen der Strafrechtsreform, in: Karl Peters=Dietrich Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959, S. 13ff.
- (30) Spendel, a. a. O. (Anm.23) S. 168ff.
- (31) Spendel, a. a. O. (Anm.23) S. 177ff.
- (32) 次に見る一九五四年判決以前の連邦通常裁判所の判例、例えば一九五二年九月二〇日の第二刑事部判決(BGHSt 3, 179.)は、一九二四年二月二二日のライヒ裁判所判決(RGG 58, 106.)を引用して、量刑の基礎は「法秩序の侵害という意味における行為の重さと、行為者の個人責任の程度」であるとしていた。なお、ここで概観する判例については、阿部・前掲論文(注1)(中)三頁以下、大谷・前掲書(注23)二九九頁以下、山火・前掲論文(注23)七九頁以下、浅田和茂『刑事責任能力の研究』(昭和五八年)二〇三頁以下をも参照。
- (33) BGHSt 7, 29.
- (34) BGHSt 7, 32-33.
- (35) 中義勝=吉川経夫=中山研一(編)『刑法上総論』(昭和五九年)一八八頁(浅田和茂執筆)。さらに、浅田・前掲書(注32)二〇四頁参照。なお、大谷・前掲書(注23)三〇八頁は、「この判例からは、その幅の範囲が法定刑にあるのか、それとも具体的な責任関係を確定する場合に幅があるというのか、それとも究極的に妥当する刑罰についていうのかは、判然としない。特に、最後の場合の意味だとすると、刑罰は本来不定期なものでなければならないという結論に至る」と指摘

される。

(36) ここで参考のために、一九五五年一月七日の連邦通常裁判所第五刑事部判決(BGH St. 7, 86)を見ておくことにする。原审のヴェルデン地方裁判所は、被告人に対して一七件の常習詐欺および一件の横領で重懲役八年の併合刑と数個の罰金刑を科した。原审の判決理由によれば、この併合刑は裁量範囲の最下限にあるとされていた。ところが上告審においては第五の詐欺行為(これに対する個別刑は一年六月の重懲役)に対する有罪宣言及び併合刑が取り消され、原审に差戻された。差戻審判決において、第五の詐欺行為は中止処分(刑訴法一五四条)となったが、残りの一七件の犯罪につき再び重懲役八年の併合刑が言い渡された。そこで、このことが不利益変更の禁止(刑訴法三五八条二項)に反するとして被告人は上告した。連邦裁判所は、不利益変更の禁止には反しないと上告を棄却したが、その理由中で次のように述べた。「上告理由は——絶対的法定刑は別にして——明確に決定しうる刑量は存在しないということも否定している。〔しかし〕下限は既に責任に相応する刑により、上限はなお責任に相応する刑により限界づけられた幅が存在する。この幅の範囲内でどのような刑罰が科されるかは、事実審裁判官のみが決定できるのであり、また、決定しなければならぬ。刑事部が当初の判決で、本来二五年の刑が妥当する一八個の犯罪行為に対して、最下限とみなされる八年の重懲役という併合刑を科したことは、本来二三年六か月の刑が妥当する一七個の犯罪行為に対しても、それ以外の一定の事情が存在する場合には、適切なものとみなされる。地裁判事部が、新たな判決においてこのようなことを行い、それに基づいて併合刑を科したことは裁量の濫用とは言えないのである」(BGH St. 7, 86-88)と。この五五年判決と先に見た判例(1)とは——いずれも「幅」(Spielraum)という語を用いているにもかかわらず——同一の次元で論ずるべきではないと指摘されている。五四年判決は責任の幅に予防目的を導入しうることを明らかにしたのに対し、五五年判決はかようにして導かれた宣告刑じたいについて、上告審で違法と判断されない「裁量の幅」があるとしたに過ぎないというのである。Vgl. Bruns, a. a. O. (Anm. 23) S. 267ff.; Gerald Grünwald, Täterliches Ermessen bei der Strafzumessung? (I), MDR 1959, S. 714.

(37) BGHSt. 20, 264.

(38) BGHSt. 20, 266-267.

(39) BGHSt. 24, 132. 本判決を支持するものとして、BGHSt. 29, 321; BGH JZ 1976, S. 650; BGH NJW 1978, S. 174; OLG Hamm NJW 1977, S. 2087.

- (40) BGHSt 24, 133-134.
- (41) なお、その他の判例として、OLG Hamburg NJW 1955, S. 1938; OLG Köln MDR 1957, S. 247; BGH MDR 1971, S. 720; BGH NJW 1976, S. 2355. なおを参照。
- (42) Eduard Dreher, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, S. 41.
- (43) BGH NJW, 1986, S. 1476. 本決定を支持するものとして、BGH StrVert. 1988, S. 296.
- (44) BGH NJW, 1986, S. 1476.
- (45) Vgl. Hans Jürgen Bruns, Über die Unterschreitung der Schuldrahmengrenze aus schuldunabhängigen Strafmilderungsgründen — „Auflockerung“ der Spielraumtheorie?, MDR 1987, S. 177ff. なお、「責任の幅」をト回りをるか否かの問題については、後注61・64・65参照。
- (46) Willhelm Gallas, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts, 1931, S. 12ff., zit. nach Spendel, a. a. O. (Anm.23) S. 185; Ernst Heinitz, Der Entwurf des Allgemeiner Teils des Strafgesetzbuchs vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70, 1958, S. 5.
- (47) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 65ff. (第1版(一九六一年)の紹介として、高澤浩「アルトマー・カウフマン『責任原理』」法哲学年報一九六三(上)「法の概念」(昭和三八年)一六七頁以下)。
- (48) Eduard Dreher=Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45. Aufl., 1991, §46 Rn. 12; Jescheck, a. a. O. (Anm.1) S. 786. 以下した見解は、既に見た理由書・報告書にあらわれていた。Vgl. E 1962, Begründung (Anm.11), S. 181; I. Bericht (Anm.17) S. 5.
- (49) Claus Roxin, Prävention und Strafzumessung, in: Wolfgang Frisch und Werner Schmid (hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 183f. (翻訳として、山田伸直訳「予防と量刑」C・ロクシン・前掲書(注23)一四一頁以下)。
- (50) Dreher, a. a. O. (Anm.41) S. 45.
- (51) Dreher, a. a. O. (Anm.41) S. 46. Vgl. Jescheck, a. a. O. (Anm.1) S. 786. これに対してツィップ(Heinz Zipf)は、「責任の幅」の限界は流動的であるが、著しい逸脱を認識することは可能であるとする。彼によれば、「責任の幅」とは「その中では刑

罰の責任相応性についていかなる根拠のある疑問も生じない刑罰の枠の範囲」であるとされる。Vgl. Zipf, Die Strafrechtsrevision (Ann.25), S. 70, 81.

なおベータースは「幅の理論」を現実に用いる方法として、刑罰をまず応報原理によって幅の大きさとして枠づけし、その上で予防目的に応じて最終刑を確定するという補充理論 (Ausfüllungstheorie) と「刑罰の幅をまず予防目的から決定し、その上で正しい応報の程度によって限定する」という限定理論 (Begrenzungstheorie) とに区別している。Vgl. Karl Peters, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960, S. 165ff. 以下に「Bruns, Strafzumessungsrecht (Ann.1), S. 269f.

(52) シャフスタイン (Friedrich Schafstein) も「幅の理論」を支持し、その特徴を次のように分析している (Schafstein, a. a. O. (Ann.23) S. 107f.)。

第一に、「幅の理論」は、量刑の合理性及び透視性 (Transparenz) に寄与するところが大きい。すなわち、裁判官の自己抑制と、上訴審の量刑判決のコントロールを容易にする。確かに「幅の理論」によっても、裁判所に対して幅の上限と下限を判決に明記することを要求するわけではない。しかし判決理由においては、裁判所がまず最初に刑が責任に相応するものであることを確認し、次に責任に相応する枠 (Rahmen) の中で、一般予防および特別予防の観点による考慮がなされたことが示されていなければならない。純粹に直観的な量刑は、(旧) 一三条 (現行四六条) の意義に反し、量刑判決に対する上訴審における事後審査の可能性を不当に奪うことになってしまう。

第二に、「幅の理論」によっても、「刑罰目的のアンチノミー」を止揚することはできない。責任の観点からは刑を加重する行為事情が、再社会化の観点からは刑を軽減するものと考えられたり、あるいはその逆であったりすることは、将来においても生ずるであろう。しかし、「点の理論」がこのアンチノミーを解決するための基礎をそもそも示すことができないのに対して、幅の思考 (Spielraumgedanke) は、量刑に際して予防目的に対する限界を設定し、予防目的が計画的に活用され相互に衡量されることを保障するという点において、責任と予防の関係についての基準を有する。

第三に、幅の原理 (Spielraumprinzip) は、旧一三条 (現行四六条) における「責任」概念を個別行為責任とする。そして、行為責任とは無関係な、行為者人格に関する事情を、幅を充足する予防的考慮の段階において初めて、かつその段階でのみ顧慮されることを可能とする。

なお、右の第一の点につき、vgl. Bruns, Strafzumessungsrecht (Ann.1), S. 284; Zipf, Strafrechtsrevision (Ann.25) S. 211ff.

- (53) Vgl. Bernd Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: ders. (hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 189-190. (翻訳として、川口浩一＝葛原力三訳「ベルント・シェーネマン『予防刑法における責任原理の機能』」ベルント・シェーネマン「中山研一＝浅田和茂監訳『現代刑法体系の基本問題』(平成二年)一七九頁以下。)
- (54) Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377-379. (翻訳として、井田良訳「国家の刑罰の意義と限界」C・ロクシン・前掲書(注23)一頁以下。)
- (55) Roxin, a. a. O. (Anm.23) S. 466.
- (56) Roxin, a. a. O. (Anm.23) S. 466.
- (57) Roxin, a. a. O. (Anm.23) S. 467.
- (58) Roxin, a. a. O. (Anm.23) S. 467-469.
- (59) どのような一般予防の理解(いわゆる「積極的一般予防」)については第五節で検討する。
- (60) Roxin, a. a. O. (Anm.23) S. 469-472.
- (61) Roxin, a. a. O. (Anm.23) S. 472-479. Vgl. Maurach=Gössel=Zipf, a. a. O. (Anm.1) S. 581f.; Horstkotte, a. a. O. (Anm.17) S. 124; Karl Lackner §13-eine Fehlleistung des Gesetzgebers? in: Festschrift für Gallas (Anm.23) S. 127. (本論文に関しては、刑法読書会「振津隆行」「カイル・クルム・ガラス記念論文集の紹介(二)カール・ラックナー『刑法典二三条——立法者の失敗か』」龍谷法学九巻三・四号(昭和五一年)一五八頁以下参照。); Günter Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, S. 32.
- (62) Bruns, Strafzumessungsrecht (Anm.1), S. 325f. Vgl. Schönke=Schröder=Stree, a. a. O. (Anm.1) §46 Rn. 5; Maurach=Gössel=Zipf, a. a. O. (Anm.1) S. 587ff.
- (63) Maurach=Gössel=Zipf, a. a. O. (Anm.1) S. 588f.
- (64) Bruns, Strafzumessungsrecht (Anm.1), S. 322f.; ders. a. a. O. (Anm.45) S. 178; ders., Alte Grundfragen und Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, in: Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs, und Fritz Loos (hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, S. 746f.;

Hirsch, a. a. O. (Anm.1) Vor §46 Rn.16. Vgl. Jescheck, a. a. O. (Anm.1) S. 786.
(65) Schaffstein, a. a. O. (Anm.23) S. 105.

三 「位置価説」について

(1) 近時ドイツにおいては、量刑基準に関する新しいアプローチとして、いわゆる「位置価説」(Stellenwert-od. Stufenheorie)が主張されている⁽⁶⁶⁾。

「位置価説」は、量刑を二つの段階、すなわちドイツ刑法四六条による狭義の量刑(Strafbemessung〔≡刑量の決定〕)と、四七条以下による広義の量刑——短期自由刑の回避(四七条)・保護観察のための刑の執行猶予(五六条)・仮釈放(五七条)・刑の留保を伴う警告(五九条)・刑の免除(六〇条)——とに分け、前者においては責任の清算(Schuldgleichheit)という刑罰目的が、後者においては予防という刑罰目的がそれぞれ「位置価」(Stellenwert) (各々の段階における意義・価値)を有するとする。従って、刑量の決定は責任に応じて行なわれ、その後の刑事政策的諸規定を適用するか否かの判断は予防的観点に基づいて行なわれることになる。

(2) なぜ、このような考え方が主張されたのであろうか。まず、「位置価説」の主唱者であるヘンケル(Heinrich Henkel)の説明を見てみよう。

ヘンケルは、異なる刑罰目的間の調整に関しては、従来の「統合説」や「分配説」よりもさらに細分化された考量が必要であるとして、自説を展開する。まず、刑量の決定においては、配分的正義論に基いて「原状回復」(Wiedergut-

machung) 目的が問題となるとする。そこでは、犯罪によって表わされた社会的反価値性 (soziale Unwürdigkeit) に応ずる程度で、犯罪者は刑罰に値することになる。社会的反価値性の基準となるものは有責に惹起された不法の総体という意味での犯罪者の(行為)責任に他ならない。従って、刑量は責任に応じて決定されることになる。しかし責任に相応した刑罰は、「点の理論」が主張するように確定量として存在するものではない。その意味では、責任の上限と下限を確定量で表わそうとする「幅の理論」の理解も正しくない。結局責任に相応した刑罰は、裁判官の評価行為 (Wertungssakt) によって形成され、決定される。⁽⁶⁷⁾

それでは、「予防」目的は、刑量の決定段階において機能的な位置価を持ちうるであろうか。ヘンケルは、責任に相応する刑を加重する方向に対しては、予防目的は位置価を有さないとする。一般予防目的は、国民の法意識を確保するという意味では責任に応じた刑を科することで達せられるからそれ以上考慮する必要はないし、威嚇という意味では他人の犯罪の予防という行為者本人が負担すべきでない責任を負わせることになるから配分的正義に反することになる。特別予防目的も、責任に相応する刑よりも重い刑を科すことを正当化しない。それは責任主義に反するし、再社会化の必要性がある場合には保安処分によるべきだからである。⁽⁶⁸⁾

反対に、責任に相応する刑を減輕する方向に対しては——代案五九条二項が示しているように——配分的正義の観点からも、予防目的を考慮することが正当化される。もともと、刑量を決定する段階においては、責任に相応する刑量の確定が困難であること、また、裁判所に対して再社会化の予測という恣意的になりやすい任務を課することになることから、予防目的を考慮して刑の減輕を行うことは認められない。従って、裁判所の裁量をコントロールする規定がある場合、すなわち広義の量刑の段階において、予防的考慮に基づいて、(短期自由刑の回避などの) 刑の緩和が行われることになる。予防目的は、広義の量刑の段階においてのみ、機能的な位置価を有するのである。⁽⁶⁹⁾

(3) ホルン (Eckhard Horn) は、ヘンケルの主張を次のように展開した。まず、刑量を決定する段階で予防目的を考慮することは不可能 (unmöglich) である。責任の幅の中から、一般予防ないしは特別予防の観点に基づいて最適な刑を抽出するような合理的な、経験的に基礎づけられた基準は存在しない。仮にそのような基準が明らかになったとしても、予防的観点から決定された刑量が責任の幅を上回ったり下回ったりすることもあり得るから、刑量を決定する段階で予防目的を考慮することは不当 (unzulässig) である。さらに、本来「量刑」とは有責な不法の重さを刑量として表わすことを意味するから、その段階で予防目的を考慮に入れることは不要 (nicht notwendig) でもある⁽⁷⁰⁾。

ただし刑量を決定する段階においては、自由刑の罰金刑による代替や、保護観察のための刑の執行猶予などが行われるべきかどうかについては決定されていない。これらの決定は、もはや責任の重さとは無関係に——「法秩序の防衛」の観点が優先する場合以外は——特別予防的観点に基づいて行われる。決定にあたっては、特に刑事学に依拠しつつ、経験的・合理的基準に従うことができる⁽⁷¹⁾。

かようにホルンもまた、刑量の決定は責任に応じて行われ、刑法四七条以下の刑事政策的諸規定の適用は予防の観点から行われるべきことを主張するのである。

(4) 「位置価説」に対しては、次のような批判がなされている。

ロクシンは、批判を次の四点に整理している。第一は、四六条一項前段に基づく批判である。それによれば、行為者の責任が量刑の「基礎」であることになるが、これは、立法者が、刑量を決定する段階で予防的考慮を行う余地を残そうとしていたことに他ならない。第二は、四六条一項後段に基づく批判である。この規定が、量刑において「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」ことを裁判官に命じているとするならば、刑量を決定する段階で特別予防を考慮しない立場とは調和しないことになる。第三は、四六条二項に基づく批判である。この

規定に列挙されている量刑事情は、専ら責任の量を決定するのではなく、多かれ少なかれ予防の必要性に影響するものであるため、刑量を決定する段階で予防に意味を認めない立場は、この規定と矛盾する。二項の量刑事情は、明らかに一項による量刑に関するものである。第四は、目的論的批判である。責任の清算と予防とを、量刑の異なる段階に「配分」することは、目的論的にみて疑問がある。量刑が刑罰目的によって導かれるとするならば、同じ量刑であるのに、四六条による場合と四七条以下による場合とで異なる刑罰目的を規定することを正当化する、価値評価の観点を見出すことはできない。「位置価説」の支持者は、現在の我々の知識によつては、刑量を決定する段階で予防的観点を科学的に確実な方法で考慮することは不可能であるとするが、予防の観点を排除することは、具体的な刑量が、責任の幅の中で全く恣意的に決定されてしまうことを意味する。さらに、予防的観点の考慮は——例えば超過禁止（Übermaßverbot）の原則に依拠するならば——どの程度の刑が予防的にみて妥当かが不明な場合でも、裁判官の判断を困難にするものではないのである。⁽⁷²⁾

もっともロクシンは、「位置価説」は、①広義の量刑（刑法四七条以下）による判断においては、責任の観点は全く意味をもち得ず、専ら予防的観点のみが基準となるとし、②刑法四六条による量刑の場合に、責任と無関係な一般予防的考慮が刑の加重をもたらすことを排除しようとしている点において、正しい側面をもつとしている。①は法律の文言および制定過程から明らかであるし、②も四六条一項後段が特別予防の必要性を考慮することだけを明文で要求し、また、今日の理解では、責任刑も一般予防を目指す目的刑であることから導かれるとするのである。⁽⁷³⁾従つて、位置価説とロクシンらの見解との根本的な相違は、四六条による量刑（＝刑量の確定）において、前者が特別予防的考慮を排除するという点に存することになる。

(5) しかし、右に見た相違点は、実際には重大なものであり、刑量を決定する段階においても、特別予防には重要な

意味が認められるとロクシンは主張する。

まず、シェットヒが述べるように、一年と五年の間の刑の場合には、責任刑と予防刑とがかなりの程度に一致するとしても、我々の学問的水準から見て、その間の年数が特別予防上全く等価的であるとは言えない。特別予防の必要性による段階づけが可能ならば、それを責任の幅の中で考慮することになる。⁽⁷⁵⁾

また、責任の幅の中で特別予防的観点から刑を決定することは、犯罪学が必要な処遇期間を知ることができない場合や法的な理由から解明できない場合に、少くとも行刑によるマイナスの効果が発生するのを防止したり弱めたりすることを可能とする。非常に重い犯罪について、責任の幅が一〇年から一二年である場合、すべての刑量が再社会化の観点からは失当であるときに（行刑法三条二項における「有害効果抑制の原則」(Gegensteuerungsgrundsatz) から）一二年ではなく一〇年の刑を科すことは、重要な意味をもつのである。⁽⁷⁶⁾

さらに、例えばおよそ反復することがあり得ないような葛藤状況から生じた殺人犯のように、再社会化のための処遇の必要性が僅少であるか全く欠けている行為者に対しても、絶対的法定刑が規定されていない限りは、責任の幅の下限の刑が科されなくてはならない。それを越える刑は、行為者の社会における将来の生活にとって有害であり、超過禁止の原則にも反するのである。⁽⁷⁷⁾

今一つ重要なことは、ブルンスが危惧しているように、⁽⁷⁸⁾ 刑量の決定において予防的観点を考慮しないことによつて四七条から六〇条までの規定の要件である刑期の制限を上回り、これらの規定の適用が妨げられることに基づく。例えば、五六条二項によれば、二年を超える刑に対しては執行猶予ができないため、責任の幅が一二月から一五月までである場合に——「位置価説」の支持者は、責任の清算の観点からのみ量刑を行い、おそらく幅の中間あたりの刑量を選択するのであるから——執行猶予は認められなくなると考えられる。位置価説の支持者が、刑法四七条以下の判断においては、

犯罪学的に基礎づけられた予測が行えると主張するにもかかわらず、その立場を貫くことによって——彼らの認識では誤った結論であるのに——これらの規定の適用を否定しなければならぬ場合が生ずるというのは、自己矛盾である。⁽⁷⁹⁾ロクシンは以上のようにして、現在の犯罪学の知見を基礎としても、刑量を決定する段階で特別予防的考慮を行うことは実際に十分可能であり、意味のあることでもある、と強調するのである。

(6) 右に見てきたように、「位置価説」は、実定法の規定と相容れず、目的論的構造にも疑問があるという理由から、ドイツにおいても多くの支持を得るには至っていない。

ホルンは批判的見解に対して反論を試み、①四六条一項後段は、四七条以下の特別規定の中に解消され、その中で精密化される原則という機能をもち、②四六条二項における量刑事情のうち、行為者の前歴・一身の及び経済的状态・行為後の行為者の態度などは、広義の量刑（四七条以下）において考慮される、と述べている。また、③責任刑が二年を越える場合に、刑の執行猶予を行うために——社会化阻害作用(Entsozialisierung)を予測して——責任刑を修正すべき場合はまれである、とも主張している。⁽⁸⁰⁾しかしこれらの反論によっても、刑量を決定する段階で特別予防を考慮するべきでないとする命題が積極的に論証されたとは言い難いであろう。⁽⁸¹⁾

(66) 「位置価説」に関する我が国の文献として、阿部純二「量刑における位置価説について」平場安治・平野龍一・高田卓爾・福田平二・大塚仁・香川達夫・内藤謙・松尾浩也(編)『団藤重光博士古稀祝賀論文集・第三卷』(昭和五九年)一三三頁以下。なお、Stellenwerttheorieは「段階説」と訳されることもある(宮澤浩一訳「ハインツ・ミュラー・ディーツ」刑罰の目的と刑の量定に焦点をあてた責任と予防との関係』刑法雑誌二三卷一―二号(昭和五四年)九二頁、C・ロクシン・前掲書(注23)一四四頁参照)。

(67) Heinrich Henkel, Die „richtige“ Strafe, 1969, S. 22-34.

- (38) Henkel, a. a. O. (Anm.67) S. 39-43.
- (39) Henkel, a. a. O. (Anm.67) S. 45-51. Vgl. Wilhelm Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80,1968, S. 1ff.
- (40) Eckhard Horn, Wider die „doppelspurige“ Strafhöhenzumessung, in: Gerald Grünwald, Olaf Mieke, Hans-Joachim Rudolphi und Hans-Ludwig Schreiber (hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 245-247. Vgl. ders., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, AT, 5.Aufl., 1989, §46 Rn. 33ff.
- (41) Horn, Wider die „doppelspurige“ Strafhöhenzumessung (Anm.70), S. 247-279.
 なお、位置価説を刑事学的に基礎づけたのが、ヘンリッヒ (Heinz Schöch) である。Vgl. Heinz Schöch, Grundlage und Wirkungen der Strafe, in: Festschrift für Schaffstein (Anm.70), S. 255ff.
- (42) Roxin, a. a. O. (Anm.49) S. 186-192. ロクシンは、そもそもクントルの主張は六二年草案の批判のために一つの法政策的構想として展開されたものであって、現行法を解釈した結果ではないと指摘している。Edenda, S. 187.
- (43) Roxin, a. a. O. (Anm.49) S. 192-197.
- (44) Schöch, a. a. O. (Anm.71) S. 264.
- (45) Roxin, a. a. O. (Anm.49) S. 198-200.
- (46) Roxin, a. a. O. (Anm.49) S. 200-201.
- (47) Roxin, a. a. O. (Anm.49) S. 201-203.
- (48) Hans-Jürgen Bruns, „Stellenwerttheorie“ oder „Doppelspurige Strafhöhenbemessung“?, in: Hans-Heinrich Jescheck, und Hans Lüttger (hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 261.
- (49) Roxin, a. a. O. (Anm.49) S. 203f.
- (50) Eckhard Horn, Zum Stellenwert der Stellenwerttheorie «in: Festschrift für Bruns (Anm.49), S. 165ff.
- (51) Vgl. Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 19. Aufl., 1991, §46 Rn. 27; ders., Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für richterliche Praxis, 1978, S. 18ff.; Schöнке=Schröder=Stree, a. a. O. (Anm.1) §46 Rn. 5; Günter Spendel, Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, ZStW 83, 1971, S. 226ff.; Reinhart Maurach=Heinz

Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl., 1987, S. 87.

なお我が国においても、平場博士が、行為者の「犯罪後の態度」という量刑事情は刑量に影響を与えるものではなく「処遇の選択」について意味をもつと主張されているのが注目される（平場安治「黙秘と量刑」法律時報三八巻七号（昭和四一年）八〇頁以下）。もっとも、そこにいう「処遇の選択」の内容は必ずしも明らかではない。この点については、本稿第四章第三節参照。

四 小 括

以上の概観から明らかなように、ドイツにおける通説的見解は、「幅の理論」を採用することによって、責任主義を維持しつつ、予防目的をも考慮した量刑を実現しようとしている。もっとも現行ドイツ刑法四六条一項を前提とする限り、「点の理論」に依拠しても同様の帰結を導くことは可能である。また「幅の理論」を採用しても、さらに「責任の幅」の範囲内で一般予防、特別予防をどのように考慮するのか、予防上の理由から「責任の幅」を上回ったり下回ったりすることは許されるのか、が問題となる。この点は、刑法改正作業の過程で主張された、「量刑における責任主義」の内容についての諸見解（「責任」は刑罰の「基礎」か「上限」か、あるいはこの原則を応報刑論から理解するのか目的刑論から理解するのか）とも関連して論じられてきたのである。⁽⁸²⁾

そこで次節では、我が国においてはどのような量刑基準論を構成すべきかを検討することにしよう。

（82）もっとも、既に指摘したように、責任を刑罰の「上限」とする立場が「点の理論」と一義的に結びつくわけではない（注13・17参照）。同様に、責任を刑罰の「基礎」とする立場が常に「幅の理論」を前提とすることにはならない。従って、責任と刑罰の関係をどのように理解するかという問題と、責任に相應する刑罰がいかに量的に表現されるかという問題は別個に考察する必要がある。Vgl. Maurach=Zipl. a. a. O. (Anm. 81) S. 86ff.

（未完）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLIII No. 5 (1993)

SUMMARY OF CONTENTS

Untersuchungen über die Grundsätze der Strafzumessung (2)

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

Yuji SHIROSHITA*

§1 Fragestellung

§2 Einleitung

I. Grundbegriffe in der Strafzumessungslehre

II. Die Strafzumessungsregeln in ausländischen Strafrechten

III. Die Rechtsprechung

§3 Strafzumessungsgrund als Sollen

I. Vorbemerkung

— Zusammenhang von Straftheorie und Strafzumessungsgrund —

II. Die Straftheorie in Japan und der Strafzumessungsgrund

III. Die Strafrechtsreform in Japan und der Strafzumessungsgrund

(soweit im 4. Heft des 43. Bands)

IV. Die Strafzumessungslehre in BRD

1. Die Strafzumessungsregeln in den Entwürfen und dem geltenden Gesetz

2. Die Spielraumtheorie

3. Die Stellenwerttheorie

4. Fazit (in diesem Heft)

V. „Schuld“ und „Prävention“ in der Strafzumessung

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

§4 Strafzumessungstatsche als Sollen
— insbesondere zum „Verhalten nach der Tat“ —

§5 Zusammenfassung