



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	量刑基準に関する一試論（４・完） ー量刑事情としての「犯罪後の態度」を中心にー
Author(s)	城下, 裕二; SHIROSHITA, Yuji
Citation	北大法学論集, 44(5), 39-122
Issue Date	1994-01-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15549">https://hdl.handle.net/2115/15549</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(5)_p39-122.pdf



# 量刑基準に関する一試論（四・完）

——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 「位置備説」について

- 四 小括（以上四三卷五号）

第五節 量刑における「責任」と「予防」

- 一 量刑における責任主義

- 二 「予防」の内容

- 三 小括

第四章 当為としての量刑事情——「犯罪後の態度」を中心に——

第一節 量刑における「犯罪後の態度」の諸相

第二節 処断刑形成過程における「犯罪後の態度」

- 一 自首

- 二 告白
  - 三 被拐取者の解放
  - 四 検討(以上四四卷二号)
  - 第三節 宣告刑形成過程における「犯罪後の態度」
    - 一 諸草案および立法例における「犯罪後の態度」
      - (一) 我が国の諸草案
      - (二) ドイツの諸草案および現行法
      - (三) 諸外国の立法例
    - 二 判例における「犯罪後の態度」
      - (一) 我が国の判例
      - (二) ドイツの判例
    - 三 責任判断・予防判断と「犯罪後の態度」
      - (一) 責任判断と「犯罪後の態度」
        - 1 従来の見解
        - 2 批判的検討
      - (二) 予防判断と「犯罪後の態度」
        - 1 従来の見解
        - 2 「犯罪後の態度」と規範意識の確認・強化
- 第五章 総括と展望(以上本号)

### 第三節 宣告刑形成過程における「犯罪後の態度」

本節では、まず諸草案・立法例および判例にあらわれた量刑事情としての「犯罪後の態度」を概観する。その上で、宣告刑形成過程において「犯罪後の態度」がどのような意義と機能を有するのかという本稿の中心的課題について考察することにした。

#### 一 諸草案および立法例における「犯罪後の態度」

##### (一) 我が国の諸草案

(1) 前章において、我が国の刑法改正仮案・改正刑法準備草案・改正刑法草案が掲げた量刑基準を概観した。ここでは、それらの規定の中で「犯罪後の態度」がどのように扱われていたかを確認しておくことにする。

(2) まず、刑法改正仮案における「犯罪後の態度」から見てみることにしよう。

先にも見たように、我が国の刑法改正仮案（昭和一五年）<sup>(1)</sup>は、その五七条に、「刑ノ適用ニ付テハ犯人ノ性格、年齢及境遇竝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」と定め、「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軽減スル為努力シタリヤ否」という項目を掲げていた。

この文言は、後の改正刑法準備草案および改正刑法草案における「犯罪後における犯人の態度」という項目に比してかなり具体的であったと言えよう。もともと、仮案五七条が単に量刑事情を列挙するという方式を採用したことについては、学説の側からも「それらが刑の量定にあたってどのように評価され参酌されるべきかの基準については何も語っていないのである」という批判がなされていたことに注意しなければならない。そして「犯罪後の悔悟、特に被害弁償の有無などは、もはや犯罪行為そのものの要素ではなく、正しく犯罪終了後の情況にすぎないが、それも責任の要素なのか、そうだとすれば、それは責任と犯罪行為との同時存在を強調する従来の刑法学の立場とどう調和するのか、それにより、責任が一部償われ軽くなったとみるのか、それとも、かような行為後の情況は、反転して、犯行当時の行為者の責任の軽重を徴表するとしてもいのであろうか」といった問題は、項目を列挙しただけでは解決されない、という疑問も提起されていたのである。

(3)その後、改正刑法準備草案（昭和三六年）四七条二項は、刑の適用において考慮すべき事項として「犯罪後における犯人の態度」という文言を掲げることになった。これについて準備草案理由は「犯人が犯行後どのような行動をとったか、被害の賠償に効力したか、あるいは自己の犯罪の結果に対してどのような情緒的反応を示したか、というようなことが問題となるであろう」と述べている。なお理由は、四七条二項に列挙された事項が、「犯罪の抑制」（対社会、対犯人自身の両面の関係における刑罰の抑制的機能）および「犯人の改善更生」（刑罰の持つ矯正的・教育的作用）の観点からの判断の基礎となるべきものであるとしつつ、「これらの事項の中には、第一項における責任の量の判定のためにも考慮せらるべき事項が多く含まれていることに注意しておかなければならない」と指摘しているが、「犯罪後における犯人の態度」がそれに当たるかどうかにについては明らかにしていない。

(4)改正刑法草案（昭和四九年）四八条二項も、刑の適用にあたっては「犯罪後における犯人の態度」を考慮すべきも

説  
のとした(審議過程においては、被害者が後に犯人を宥恕したことなどの事情をも含ませるため、「犯罪後における犯人の態度」を「犯罪後の情状」と改めるべきであるとする意見も主張されたが、採用されるには至らなかつたとの報告もなされて<sup>(6)</sup>いる)。草案説明書は、この事項は「改心したかどうか、被害の回復に努力したかどうかなどの事情をさす<sup>(7)</sup>」  
論  
という簡単な指摘を行うにとどまる。また、説明書は二項に掲げる考慮事項のうち、「犯人の年齢、性格、経歴及び環境」

は、主として犯人の危険性あるいは改善可能性に関する判断の基礎となる要素であるが同時に犯人の責任を評価するうえでも考慮され、「犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響」は、主として責任の評価という面からも考慮されるが一般予防及び特別予防の観点からも重要な事項であるとしつつ、「犯罪後における犯人の態度」についてはかような説明を行<sup>(8)</sup>っていない。従ってここでも、「犯罪後における犯人の態度」が、四八条一項にいう「犯人の責任」に影響を与え  
るのか、それとも同条二項にいう「犯罪の抑制及び犯人の改善更生」を内容とする刑事政策的考慮(≡予防目的)に際して意味をもつのか、あるいは両者に関係するのかが明らかではない。また、改心の有無・被害回復の有無が例示されているが、例えば被害を回復させたことを減輕事情とする一方で、それを怠つたことを加重事情として考慮する趣旨なのか否かも、今後の検討に委ねられているのである。<sup>(9)</sup>

- (1) 本稿第三章第三節参照。
- (2) 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。
- (3) 佐伯・前掲論文(注2)一一二頁。
- (4) 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)一二七頁〔中野次雄執筆〕。
- (5) 前掲書(注4)一二六頁。
- (6) 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)一一五頁。

- (7) 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) 一二九頁。  
(8) 前掲書(注7) 一二九頁。  
(9) なお、中義勝||吉川経夫||中山研一(編)『刑法1総論』(昭和五九年) 一八五頁以下〔浅田和茂執筆〕参照。

(二) ドイツの諸草案および現行法

(1) 戦後のドイツで公表された諸草案および現行刑法典における量刑規定については、前章で確認した。ここでは、右の諸規定において、量刑事情としての「犯罪後の態度」がどのように位置づけられていたのかを見ておくことにする。<sup>(10)</sup>

(2) 一九五六年草案六二条は、「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」として、考慮すべき事情の一つに、戦前の諸草案と同様に「行為者の犯罪後の態度、特に行為の結果(Tatlohn)を回復するための努力」という項目を置いた。<sup>(11)</sup>

草案理由書は、次のように述べる。行為者に対し、行為について非難を加えるべきかどうか、という問題に対しては、原則としてもつばら行為時における事情が問題となり得る。これに対して、非難の重さ、従って責任の程度は、時間的行為に先行ないし後行する事情によっても拡大または縮小され得る。それは例えば六二条からも窺われるのであって、同条によれば、量刑に際しては特に行為者の前歴、その犯罪後の態度及び責めに帰すべき行為の結果が考慮されることになり、しかも、このことは責任の程度によって限界づけられる刑の程度についてあてはまる。従って、草案はこのような事情も責任の程度に対して影響を与え得るということとその出発点としたのである。すなわち、草案は、責任の程

度にとつて問題となり得るのは、直接的な行為事情のみに限られない、ということを示明らかにしたのであり、このことによつて、量刑の領域において行為の概念が単なる構成要件の実現ということを踏み越えて拡張され、または、さらに責任の概念が行為責任ということを踏み越えて拡張されたことになるかどうか、そして、いかなる限度においてそうであるか、という問題は、依然として法律の決定するところではなく、判例及び学説による議論に委ねられているのである<sup>(13)</sup>。理由書はさらに、六二条のほか、六三条(累犯)・六四条(「特別に重い事態」)においては、行為自体に現われた限度で「行状責任」の概念が認められて<sup>(14)</sup>いるとする。

(3) 一九五六年草案の量刑規定は、そのままの形で一九五九年第一草案に引き継がれた。その後、批判を受け入れて一九五九年第二草案六二条、一九六〇年草案六〇条、一九六二年草案六〇条が発表されたが、これらの量刑規定においては、量刑事情の一つとして「行為者の犯罪後の態度、特に損害(Schaden)を回復するための努力」という項目が置かれた<sup>(15)</sup>。一九六二年草案理由書は、この項目について一九五六年草案理由書とほぼ同様の説明を行った上で、「今日、すでに量刑に際しては、行為者の責任を認定するにあつて構成要件実現に先行ないし後行する諸事情が考慮されている。それは、法律が構成要件実現の時間的限界を測定するのは、どの要素が可罰性を基礎づけるのか、という観点によるのである。この要素が刑の程度に対して意義を有するの<sup>(16)</sup>か、という観点によるのではない、ということに関連している。この点はさらに、行為はそれに先行ないし後行する事情によつて意味が決定され、または変更されうることにも関係する<sup>(17)</sup>」と述べている。

(4) 一九六六年に学者グループによつて発表された「刑法改正代案<sup>(18)</sup>」の量刑規定である五九条は——従来の諸草案と異なり——量刑事情を列挙するという方法を採用しなかつた。代案理由書は、この点について次のように説明している。確かに一九六二年草案の(量刑事情を列挙した)カタログは、量刑判断のための合理的基礎を拡張するという正しい目的

を追及しているが、このカタログは、右の目的のためには役立たない。それは、そのカタログが、一般予防及び特別予防に対してどのような意義が付与されるべきか、また、個々の観点がいかなる位置価 (Stellenwert) を有するのかという点につき、各々の量刑事情に関して全く明らかにし得ないからである。さらに、このカタログは、次の理由から危険であり、混乱を招くものである。すなわちそれは、上告可能性 (Revisibilität) に関する予測のつかない問題を含んでおり、必然的に不完全かつ無内容で、表面的なものにならざるを得ない。また、立法者が固定すべきでない（「心情」「義務違反性」「前歴」「犯罪後の態度」という）項目を含んでいる。さらに、列挙された基準をある程度強制的に考慮させるという傾向を生じ、それによって量刑判断の理由づけに際してむしろ不正直さ (Unehrlichkeit) を促すことになり、裁判官が、しばしば色彩を欠き、かつ常に曖昧な基準を、消極的で行為者に不利なものに変えてしまうという危険を内包するのである。<sup>(20)</sup>

もともと代案五九条一項は、「犯罪の前後の態度は、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」という規定を置いた。ここでは、「不明確で、行為責任の観念を再び無にする規定形式によって、不統一で、かつ治国家の限界を逸脱する量刑をもたらす危険を強めている<sup>(21)</sup>。六二年草案六〇条から脱却して、「犯罪後の態度」という量刑事情を「行為責任の思想 (Tatschuldgedanken) に従わせる<sup>(22)</sup>」ことが意図されているという。代案はこのようにして、従来の草案が部分的に認めていた「行状責任」の概念に依拠することなく、「行為責任」によって「犯罪後の態度」を包摂すべきことを明言したのである。

(5) 一九七五年より施行された現行刑法典総則四六条二項（刑法改正第一法律では一三条二項）は、一九六二年草案六〇条二項と同様に量刑事情を列挙し、その一つに「行為者の犯罪後の態度、特に損害を回復するための努力」という項目を掲げた。文言は六二年草案と同一である。

ホルストロッテ参事官 (Ministerialrat Hartmuth Horstkotte) は、次のように説明している。代案五九条二項は、「犯罪後の態度」を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ものとした。しかし新総則においては、それほど厳格に解されるものではない。すなわち、行為者の責任とは関連しない特別予防の観点が重要性をもつ限りにおいて、「行為責任」に影響を与えない「犯罪後の態度」もまた、特別予防の必要性を判断する際に考慮することができるのである。もちろん、(一三二条一項における「刑の量定の基礎」としての)責任を決定する場合にも「犯罪後の態度」が関連することは認められ、それは責任の程度を推論させることになる。もつとも新総則は、「犯罪後の態度」がもはや責任に対しては影響を及ぼさなくなるような厳密な時間的限界をどこに設定するのか、という問題については未解決のままにしている。新総則は、代案が提案した「行為責任」という表現を用いてはいないが、旧法二〇条(危険な常習犯に対する加重規定)の削除により、行状責任を認めないことを明らかにしている<sup>(23)</sup>と。

なお、新総則が、代案によって反対されていた量刑事情のカタログを採用したことについて、連邦議会の刑法改正特別委員会は(i)かようなカタログは裁判官に量刑の指針を与えるだけでなく、(ii)一項が明文により量刑を行為者の責任に結びつけているので、行為者が責めを負わない事情が考慮される危険はない、という理由を挙げている<sup>(24)</sup>。

(6)その後、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)<sup>(25)</sup>」により、四六条二項の最後の項目には若干の文言が付加され「行為者の犯罪後の態度、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」(sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit den Verletzten zu erreichen)となった。「被害者と和解するための努力」という項目の新設により、和解の思想(Ausgleichsgedanke)と、和解を達成しようとする行為者のイニシアティブに対し、「犯罪後の態度」の領域において特別な位置価が与えられたことになる。すなわち、物質

的な損害回復以外の方法に基づく、被害者に対する謝罪の努力が減輕事情として掲げられたのである。<sup>(26)</sup> もっとも、損害回復の場合と同様に、かような努力を怠ったことを直ちに行為者の不利益に考慮することは——被告人の権利を侵害するおそれがあるために——許されないと解されている。<sup>(27)</sup>

(10) 以下に見るドイツの諸草案・代案および現行刑法典に関する邦語文献については、本稿第三章第四節一の注(5)以下を参照。

(11) ここで、戦前の(西)ドイツの諸草案について概観しておこう。既に指摘したように(第三章第四節一)戦前に公表された諸草案は、いずれも考慮すべき量刑事情を掲げるといふ立法形式を採用していたが、「犯罪後の態度」は当初よりその中に含まれていた。まず、一九〇九年の予備草案八一条は、刑の量定に際して考慮すべき諸事情の一つとして「行為者の犯罪後の態度、特に悔悟の情を示して結果(Folgen)を再び回復しようといふ努力(Streben)を示したかどうか」という項目を掲げた(Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, Vgl. Thomas Hertz, Das Verhalten des Täters nach der Tat, 1973, S. 17f.)。一九一一年の予備草案代案八一条も「この規定を維持した(Gegentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, 1911, Vgl. Hertz, a. a. O. S. 18)」。一九一三年の刑法委員会草案一一〇条(Entwurf der Strafrechtskommission, 1913)「および一九一九年草案一〇六条(Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1920)においても——若干の表現上の変更はあるが——ほぼ同様の規定が置かれた(前者は「行為者の犯罪後の態度、特に悔悟の情を示したかどうか、惹起した損害を再び回復しようと努力したかどうか」とし後者は「行為者の犯罪後の態度、特に悔悟の情を示したかどうか、犯罪によって生じた損害を再び回復しようと努力したかどうか」としている)。一九二二年に発表されたラートブルッフ草案六七条は「刑の量定にあたっては裁判所は行為がどの程度まで行為者の非難すべき心情又は意向に基づいているか、また、行為がどの程度まで行為者に対して非難を加えてはならない原因に基づいているか」といふことを考慮しなければならぬ」として、考慮すべき事項の一つに「行為者の犯罪後の態度、特に犯罪によって生じた損害を再び回復しようと努力したかどうか」といふ文言を掲げた(Entwurf eines Allgemeinen

Deutschen Strafgesetzbuchs, 1922. Vgl. Hertz, a. a. O. S. 19)。この部分は、その\*の形で一九二五年草案六七条 (Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925 (Reichstratvorlage), in: Materialien zur Strafrechtsreform, 3. Bd., 1954, S. 10) 一九二七年草案六九条 (Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagsvorlage), in: Materialien zur Strafrechtsreform, 4. Bd., 1954, S. 8) 一九三〇年草案六九条 (Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahlf) in: Materialien zur Strafrechtsreform, 5. Bd., 1954, S. 7f.) に引き継がれている。一九二五年草案の理由書は次のように述べる。行為は刑罰の枠を定めるにすぎず、個々の事例において科される刑罰は、行為者の人格によって決定される。六七条に掲げられた各々の量刑事情は、犯人の人格について情報を得るための認識根拠 (Erkenntnisquelle) なのである。従って「犯罪後の態度」も、行為者の性格ないし道徳的人格を直接・間接に解明するものである——と (Materialien zur Strafrechtsreform, 3. Bd., 1954, S. 50)。ドイツにおける戦前の諸草案については、vgl. Hans-Jürgen Bruns, Strafmessungsrecht, 1. Aufl., 1967, S. 104ff. 我が国の文献として、莊子邦雄「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) 四二一頁以下参照。なお、ラートブルッフ草案については、中谷瑾子＝宮澤浩一訳「ラートブルッフ刑法草案」法学研究二八巻八号 (昭和三〇年) 一三三頁以下を参照。

(12) 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]

(13) E 1956, Begründung (Ann. 12), S. 11f.

(14) E 1956, Begründung (Ann. 12), S. 12, 六四条は、各則での「特別に重い事態」による加重事例の要件について、「行為に属しまたはそれに先行する事情もしくは犯罪後における行為者の態度が不法および責任を著しく高めるときは、特別に重い事態が生じたものとする」と規定している。

(15) この経緯については、本稿第三章第四節一を参照。

(16) なお、一九五九年第一草案六二条と一九六〇年草案六〇条とは若干の文言の変更があった点につき、第三章第四節一の注 (11) を参照。

- (17) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, Bundestagsvorlage, BT Drucksache IV / 650. [以下、E 1962 と記す]
- (18) E 1962, Begründung (Anm. 17), S. 180f. 何れでも、行状責任の概念は行為そのものに影響を与える限りで量刑に意義をもつとせられしむ。Vgl. a. a. O. S. 181.
- (19) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1969. [以下、AE と記す]
- (20) AE (Anm. 19), S. 115f.
- (21) AE (Anm. 19), S. 211.
- (22) AE (Anm. 19), S. 116.
- (23) Hartmuth Horstkotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§13-16, 60StGB), JZ 1970, S. 125.
- (24) Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT Drucksache V / 4094, S. 5.
- (25) 本法については、宮澤浩一「被害者の法的地位——西ドイツの動向を中心として——」法学研究五九巻二二号(昭和六一年)四五頁以下、同「犯罪被害者の法的地位について——西ドイツの一九八六年改正法を中心として——」研修四七三二号(昭和六二年)三頁以下、田口守一「西ドイツにおける犯罪被害者の地位」刑法雑誌一九巻二二号(昭和六三年)一七頁以下などを参照。Vgl. Peter Rieß und Hans Hilger, Das neue Strafverfahrensrecht, NStZ 1987, S. 145ff., 204ff.; Thomas Weigend, Das Opferschutzgesetz — Kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 1987, S. 1170ff.
- (26) BT Drucksache 10 / 6124, S. 17.
- (27) Vgl. a. a. O. S. 17.

## (三) 諸外国の立法例

(1) 既に本稿第二章第二節において、諸外国の量刑基準に関する立法例を概観したが、ここでは量刑事情としての「犯罪後の態度」がどのように規定されているのであろうか。

一般的量刑規定の中に「量刑事情」を列挙する立法例においては、そのような事情の一つとして「犯罪後の態度」を掲げることが多いが、そこで「犯罪後の態度」を掲げていない場合であっても、別に「減輕事情」を規定する条文を設けて「犯罪後の態度」をかなり具体的に例示するという立法例が見られる。さらに、一般的量刑規定の中に「量刑事情」としての「犯罪後の態度」を掲げつつ、「減輕事情」を規定する条文においてもその具体的例示を行う立法例も存在する。このように独立した「減輕事情」を条文化する方法は、我が国の刑法典における処断刑形成過程での諸規定と類似する(28)が、一般的量刑規定と併存しそれを補完することによって、宣告刑の形成にも寄与するものと言えよう。以下、若干の例を分類してみよう。

① 量刑事情の一つとして「犯罪後の態度」を掲げ、特に例示は行わないもの……ポーランド刑法五〇条二項。(29) 我が国の改正刑法草案四八条二項もここに含めることができよう。

② 量刑事情の一つとして「犯罪後の態度」を掲げ、そこで例示を行うもの……ドイツ刑法四六条二項。(30)

③ 一般的量刑規定の中では「犯罪後の態度」を掲げず、それとは別に「減輕事情」を規定する条項を設け、そこで「犯罪後の態度」の具体的例示を行うもの……ロシア刑法三八条、(31) スイス刑法六四条、(32) オーストリア刑法三四条、(33) スペイン刑法九条。(34)

④ 一般的量刑規定の中で量刑事情の一つとして「犯罪後の態度」を掲げ、別に「減輕事情」を規定する条文において

も「犯罪後の態度」の具体的例示を行うもの……イタリア刑法六二条<sup>(35)</sup>、ギリシャ刑法八四条<sup>(36)</sup>、デンマーク刑法八四条<sup>(37)</sup>。

(2)ここで——法律として規定されたものではないが——アメリカ合衆国連邦裁判所のための量刑ガイドラインにおける「犯罪後の態度」に関する項目を一瞥しておこう。

既に見たように<sup>(38)</sup>、右ガイドラインは「犯罪レベル」と「犯罪歴カテゴリー」から構成されるが、具体的事例にに応じて前者に適用される補正事項 (adjustments) の一〇に「責任の認容 (Acceptance of Responsibility)」による減輕事情 (33E-1)<sup>(39)</sup>が掲げられている。コメントによれば、この項目の適用にあたっては、(a)犯罪組織や集団からの任意の脱退、またはそれらの集団の解散、(b)有罪判決前に、被害者に対し任意に損害賠償を行うこと、(c)当局に対して、当該犯罪ないし関連行為について任意にかつ真摯に自白すること、(d)犯罪遂行後、速やかに当局に対して自首すること、(e)当該犯罪による利益やそこで用いた道具の回収につき、当局に対して任意に協力すること、(f)犯罪時における役職や地位を任意に辞退したこと、(g)責任を認容する行為の適時性 (timeliness) などが考慮されるが、これらに限定されない。被告人が憲法上の権利を行使した場合（例えば起訴事実の一部を争う場合）にも本ガイドラインは適用可能である。また、有罪答弁自体は本ガイドラインの下では減輕事情とならない。

以上に対して、加重事情とされるものには「故意による訴訟手続の妨害又は遅延 (Willfully Obstructing or Impeding Proceedings)」(33C 1.1.)とていう項目がある。これについては、次のようなコメントがある。この項目の適用にあたっては、(a)証拠物を損壊・隠匿し又はそのような行為を行おうとすること、(b)他人に(a)の行為を行わせること、(c)予審・大陪審・公判・量刑手続などのすべての司法手続において、偽証し又は他人に偽証させ、ないしは変造・偽造された証拠書類を提出し又は提出しようとする事、(d)直接又は間接的に、共同被告人、証人、陪審員を脅迫・威迫し、あるいはその他の方法でこれらの者に影響を与えようとする事、(e)判決前その他における調査の過程で、保護観察官に虚偽

の資料を提出すること、などが考慮されうる。これらを判断するに際して、裁判官は、疑わしい証言や供述を被告人に有利な観点から評価すべきであり、被告人による憲法上の権利行使や有罪答弁の有無を考慮に入れてはならない。<sup>(41)</sup>

また、本ガイドラインにおいては、裁判官がガイドラインから離脱する要件が掲げられているが、この中でも、被告人が第三者の犯罪行為に関する捜査・訴追について実質的な協力を行ったことを当該機関が申告した場合にはガイドラインを下回る量刑が認められている(§§K.1.1)。他方、かような協力を拒否したことを加重事情としてはならないとする項目(§§K.1.2)が存在する点に注意する必要がある。

(28) 本章第二節参照。

(29) 本稿第二章第二節注(29)参照。

(30) 本稿第二章第二節注(28)参照。

(31) 〈ロシア共和国刑法〉

第三八条(責任を減輕する事情)〔一部〕

刑を量定するにあたり、責任を減輕する事情と認められるのは次の通りである。

⑨心からの後悔又は自首、並びに犯罪摘発への積極的協力。

(なお、本稿第二章第二節注(31)参照。)

(32) 〈スイス刑法〉

第六四条〔一部〕

裁判官は次の場合には刑を減輕することができる。

行為者が誠実な(sincere)悔悟の念を行為によって実証した場合。特に犯人に期待しうる限りにおいて損害を賠償した

場合。

犯行以来比較的長い期間が経過し、犯人がこの期間中その行状を慎んだ場合。

(33) (なお、本稿第二章第二節注(26)参照。)  
〈オーストリア刑法〉

第三四条(特別の減輕事情)(一部)

特に次の場合は減輕事情となる。行為者が、

⑭より重大な損害を加える機会があったにもかかわらず任意にこれを抑制した場合、又は損害が行為者又は行為者に代わる第三者によって賠償された場合

⑮惹起した損害を賠償し又はその他の不利益な結果を阻止するために真摯に努力した場合

⑯容易に逃走することができたにもかかわらず又は恐らく発見されずにすむ状態であったにもかかわらず自首した場合

⑰改悛の情ある自白をなし又はその供述によって真実発見のために重要な寄与をなした場合

⑱所為をすでにかなり以前になしたものでありかつその後善行を保持した場合

(なお、本稿第二章第二節注(27)参照。)

(34) 〈スペイン刑法〉

第九条(一部)

減輕事情は、次の通りである。

⑨犯人が司法手続の開始を知る前に、かつ任意の後悔にかられて、犯罪の結果を回復もしくは減少し、被害者に賠償を  
しまたは官憲に自首したこと

Vgl. Lothar Schmidt, Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung, 1961, S. 108f.; Adolf Schönke = Horst Schröder = Gerhard Kleinwein (Hrsg.), Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr. 69, S. 4.

(35) (訳文は、法務資料三三八三号(昭和三八年)八頁による。)

〈イタリア刑法〉

第六二条(共通の減輕事情)(一部)

次の事情は構成要件又は特別の減輕事情でないときは罪を減輕する。

⑥ 公判前に損害賠償により、若しくは可能なときは赃物返還により損害を全部償ったこと、又は公判前に、かつ第五六条最終項の場合を除いて、自発的かつ有効に罪の有害若しくは危険な結果を排除し若しくは減軽するべく尽力したと

(なお、一般的量刑規定である一三三三条は「その罪の当時又は事後の行状」に基づいて犯罪者の犯罪能力を考慮しなければならぬとする。本稿第二章第二節注(32) 参照。)

(36) 〈ギリシャ刑法〉

第八四条(一部)

二 減軽事情は次の通りである。

d 行為者が真摯な悔悟を示し、行為の結果を軽減若しくは完全に排除しようとしたこと

e 犯罪者が犯罪後比較的長期間にわたって良い行状を示したこと

(なお、一般的量刑規定である七九条三項では「行為者の人格」を評価するときに「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」を考慮するものとする。本稿第二章第二節注(33) 参照。)

(37) 〈デンマーク刑法〉

第八四条(一部)

次の場合には、可罰的行為に対し科せられている法定刑を減輕することができる。

⑥ 行為者が、可罰的行為の既遂後自発的に彼の行為によって生じた危険を除去した場合

⑦ 行為者が、可罰的行為の既遂後彼の行為によって生じた損害を完全に回復した場合

⑧ 行為者が、既遂を回避し又は生じた損害を回復するために自発的に努力した場合

⑨ 行為者が、自発的に自首し、又はすべてを自白した場合

(なお、一般的量刑規定である八〇条一項は考慮すべき量刑事情として「犯罪後の態度」を掲げる。本稿第二章第二節注(38) 参照。)

(38) 本稿第二章第二節3参照。文献については、同注(41) 参照。同じく、Federal Sentencing Guidelines Handbook, 1990を使用した。

(39) §3E 1.1. [責任の認容]

a 被告人が、犯罪行為に対する自己の責任を明らかに認識し、認容する態度を示した場合には、犯罪レベルを2減ずる。  
b 被告人は、有罪判決が、自己の有罪答弁、裁判所ないし陪審による有罪認定、公判において有罪判決が出される実際の確実性のいづれによるものであっても、本節の適用を受ける。

c 有罪の答弁をした被告人は、その当然の権利として、本節による刑の減輕を保障されるわけではない。  
(40) §3C 1.1. [故意による訴訟手続の妨害又は遅延]

被告人が、当該犯罪に関する取調べまたは訴訟の過程で、司法手続を故意に遅延又は妨害したり、あるいはそれを行おうとした場合は、犯罪レベルを2増加する。

(41) なお、本規定と「適正手続の保障」との関係について、岡部泰昌「合衆国量刑指針による量刑実務と適正手続の保障」  
阪大法学四二巻二二三号(平成四年)一一二頁以下参照。

二 判例における「犯罪後の態度」

(一) 我が国の判例

(1) 我が国の判例が、宣告刑形成過程における量刑事情として「犯罪後の態度」をも考慮に入れようとしていることは、既に見た一般的量刑基準に関する諸判例の中で示されていた。<sup>(1)</sup> また、例えば死刑選択の基準に関する「永山事件」<sup>(2)</sup> 第一次上告審判決も、考慮すべき事情の一つに「犯行後の状況」<sup>(3)</sup> を掲げている。さらに、刑法二五条一項における執行猶予をなしうべき「情状」に「犯罪後の態度」が含まれることも、判例上古くから認められてきた。<sup>(4)</sup> 以下では、「犯罪後

説  
の態度」を量刑事情として考慮することの当否が示された若干の判例を概観しておくことにする。<sup>(5)</sup>

(2) まず、公判廷における被告人の態度に関する判例から見よう。これは、(i) 広く訴訟に対する取り組み方一般を問題にする場合と、(ii) 特に自白ないし否認を問題にする場合とに大別できる。先に (i) に属する判例を掲げよう。

(1) 東京地判昭和四四年一月二八日判例時報五七七号四七頁(いわゆる東大事件欠席判決第一号)。

「被告人らは、自らの抱く政治的信条の正当性の確認を裁判の対象とすることを求めるといふ現行憲法に照して全く根拠のない見当ちがいの要求をし、『統一公判要求』の名の下になすこの要求が裁判所にいられないと知るや、出廷拒否その他の方法で裁判を受けること自体を拒否する行動をとって現在に至っている。この行動は、ただに被告人らは全く反省の念がないといふにとどまらず、自ら主観的に正義と信ずるところを、裁判所に否定された後において相手かまわず所嫌わず実力で貫徹しようとするものであつて、憲法の定める法の支配と思想的寛容とに正面から挑戦する行為として法的に厳しく負の評価が与えられなくてはならない。」

(2) 大阪高判昭和五四年一月一六日判タ三七八号一五七頁(いわゆる「生駒郵便局事件」)。

本件は、訴訟への取組みなどからみて被告人には反省の念が認められないことを量刑事情の一つに考慮して被告人を実刑に処した原判決の量刑を、原判決の時点を基準とする限り相当としつつ、その後の事情変更を斟酌した場合は原判決を破棄すべきであるとして、被告人に対し刑の執行を猶予した事例である。

「被告人が各被害者に対し十分な謝罪をすることも、また慰藉の措置を講ずることもしておらず、反省の情が乏しかったこと及び原審公判段階での被告人の言動に照らすと、被告人の刑事責任は重大であるといわざるをえないから(中略) 原判決の時点を基準とするかぎり、被告人を懲役一年の実刑に処した原判決の量刑が不当に重いといふことはできないが、原判決後、一度請求した再保釈を撤回して本判決言渡までの七か月余の間未決勾留に甘んじ反省の情を示したこと、被告人は各被害者に対し拘留所内から手紙を出して本件各犯行を謝罪し、被告人の妻も各被害者に謝罪してまわったこと、傷害を蒙ったKに対しては弁護士を介して五〇万円を郵送し慰藉のための誠意をあらわしたこと、原審の公判段階で被告人に対し影響力を及ぼしていたと認むべきいわゆる支援者グループのうちの中心的なメンバーが、当審公判廷で喧騒にわたるなどして審理を妨害するなどの振舞に及んだことの非を認め、被告人自身も当審公判廷においては真面目に審理に応じており、これらの

事実からも被告人の改悛の情が窺知できることなどを斟酌すると「原判決の刑をそのまま維持するのは相当でないとした。

右のうち判例〔1〕では、被告人の「裁判拒否の行動」が反省の念のないことを示すにとどまらず、特に著しい場合には「法的に厳しく負の評価が与えられ」るものであること明らかにしている。判例〔2〕の原審では、訴訟への対応の仕方でも「犯行に対する反省の有無、程度の徴表となりうる」と判示されていたが、本判例では、それが審級の推移とともに変化していった場合には、原判決の刑をそのまま維持するのが適當ではないことの一因となりうる旨が指摘されている。<sup>(7)</sup>

(3)次に、(ii)の類型に属する判例を見よう。

〔3〕 高松高判昭和二五年五月三日高裁判判特報一〇号一六〇頁。

「所論犯罪事実を自白し改悛を誓う被告人と犯罪事実が認められる証拠乃至は情況があるのに犯行を否認し、しかもその否認は合理的理由がないような場合の被告人とは量刑上処遇を異にするのは刑の目的上当然のことである。それだから言うてこのような処刑を目して量刑の少しでも軽いのを願う被告人の心理に影響を与へひいては自白をするに至る結果となり間接に自白の強要となる又は新刑訴の認めている黙秘権を侵す違法があると言う所論は当を得ない。」

本判決は、自白を減輕事情とし、否認を加重事情として考慮することは量刑上許され、自白の強要ないし黙秘権の侵害とはならない旨を明らかにしている。これに対しては「誠に驚くべき率直さをもって、問題は消極に断定せられて」おり、「残念ながら、それには問題の提起者をして納得せしめるだけの説得力が缺けている」という批判がある。確かに本判決においては「刑の目的上当然のことである」という簡単な説明がなされているにとどまり、自白を減輕事情とし否認を加重事情として考慮できることの十分な理論的根拠は展開されていない。ただ、本判決ではすべての否認が加重事情になるとしているのではなく、「犯罪事実が認められる証拠乃至は情況があるのに犯行を否認し、しかもその否

認は合理的理由がないような場合」に限るとしてしていると解する余地もあることに注意すべきであろう。

本判決以降、次のような二判例が見られる。

〔4〕東京高判昭和二八年二月一日高裁判判特報三九号三二二頁。

「被告人等においていわゆる黙秘権を行使したからといって、量刑上被告人等のため不利益に考慮すべき資料たり得ないことは洵に所論のとおりである。」

〔5〕東京高判昭和四二年三月七下刑集九卷三三〇一七五頁。

「檢察官の控訴趣意について）所論はさらに、被告人が原審公判廷以来、犯意の点について否認していることを捉え、改悛の情がないとも論難するが、単に否認に止まり、ことさら虚構の事実を構えて不当にその罪責を免れようとする如き格段の事情の認められない限り、所論の如く否認をもってただちに改悛の情なきものと速断することはできない。」

判例〔4〕では——やはり詳しい理論的根拠は述べられていないが——先に見た〔3〕とは明らかに相反する結論が示されている。これに対して判例〔5〕は、学説上「条件付否定説」<sup>(9)</sup>と称されているように「ことさら虚構の事実を構

えて不当にその罪責を免れようとする如き格段の事情の認められない限り」否認をもってただちに改悛の情がないものとしてはならないことを判示している。これは、判例〔3〕においては必ずしも明確でなかった点に言及することによって、すべての否認が被告人にとって不利な事情となるわけではない旨を判断したものと解されよう。もつとも判例〔3〕に見られるような黙秘権との関係については、判例〔5〕において触れられていない。

基本的には判例〔5〕と同様の見解に依拠しつつ、供述内容を被告人に不利に解した判例として次のものがある。

〔6〕徳島地判昭和四二年三月二十四日下刑集九卷三三三三三三頁。

「被告人は当公廷において判示金員供与申込みの趣旨について市議会議員選挙とは無関係であると終始一貫して供述をなしているのであるが、なるほどこのような供述をもって直ちに、刑事被告人の反省心欠如のあらわれとみなして刑事責任を追及するにあたり殊更に不利な取り扱いをなすことは、被告人が黙秘権を有する以上、一般に許されないとすべきであろう。」

しかし、前述のような供述をなす被告人の属性、とくに社会的地位に対する認識についての供述内容ならびに態度からして同人の反省心の有無・程度を判定することは、何ら、前述の被告人の刑事訴訟法上の権利を侵害するものといえない。ただし、被告人の犯罪の成否に関するものではないからである。被告人は、当公廷において、市議会議員の地位を辞する意思のないことを明言している。（中略）前述のような被告人の当公廷の供述は、果して、被告人に政治的良心の存在を肯定するのであろうか。被告人には、判示所為に対する反省心があるものとは、とうていいうかがえない。（中略）この際、本件選挙犯罪に対しては、自由刑、しかしその実刑をもって臨み、被告人に対しその責任を追及し、その強い反省を望むものである。」

本判決が一般論として展開した部分は、否認をもって直ちに不利な事情として考慮することに消極的であるという点で、判例〔5〕と軌を一にするものであると言えよう。しかも本判決では、その理論的根拠を、被告人の黙秘権との関連で明らかにしており、この点は判例〔5〕よりも一歩進んだものであると評価できる。しかし一方で本判決は、被告人の供述内容ならびに態度から同人の反省心の有無・程度を判定することは、「被告人の犯罪の成否に関するものではない」から黙秘権を侵害するとは言えないとしている。従つて、このことが、否認をもって直ちに不利な事情として考慮することは許されなかった部分といかに調和しうるのかという問題とともに、犯罪の成否と無関係であれば黙秘権をなぜ侵害することにならないのかという疑問が依然として残されていると言えよう。

(4) 被告人が「数日後に同種犯罪に及んだ」という事情が量刑上考慮された判例がある。

〔7〕東京高判昭和五一年一月三〇日判例タイムズ三四七号二九二頁。

「所論は、原判決は被告人が本件後に犯した監禁及び強姦致死罪で有罪判決を受けたことを理由に被告人を実刑に処したが、これは憲法三一条及び三九条に違反しているというのである。

そこで検討すると、原判決が量刑の事情として、被告人は追従的に犯行に関与したもので、その行為は未遂であり、示談も成立しているとしながら、本件犯行の四日後にも三人と共謀のうえ通行中の若い女性を車に連れ込んで監禁、強姦したことで監禁罪及び強姦致傷罪により懲役三年五年間執行猶予の裁判を受けたこと（未確定）も認められるので、被告人を懲役

一年六月に処した旨説示していることは、原判決書の記載に徴し明らかであるが、刑事事件の裁判の量刑にあたっては、犯罪の動機、目的、方法、態様等犯罪行為自体に関する事柄のほか、被告人の前歴、性格、傾向といった被告人本人に関する事情もまた考慮の対象となり、別件を右の情状を知るための一資料として考慮することは必ずしも禁じられていないのである。とくに本件のように被告人が数日後に再び同種の行為に及んだという事情は当時の被告人の性格、行状、生活態度等を理解するのに有用であり、原判決は別件を右の趣旨において考慮したものと解される。

本判決は——判示中には引用されていないが——基本的には昭和四十一年の最高裁判決の見解に立脚しつつ<sup>(10)</sup>、「数日後に再び同種の行為に及んだ」という事情を量刑上考慮してよいことを認めたものと言えよう。すなわち、右最高裁判決においては、起訴されていない犯罪事実を①実質上処罰する趣旨で量刑上考慮することは許されないが、②量刑のために一情状として考慮することは必ずしも禁じられるものではないとされていたが、本判決は、「数日後に再び同種の行為に及んだ」という事情を、「当時の被告人の性格、行状、生活態度等を理解するのに有用」であるとの理由から右の②の観点の下で斟酌したものと解されるのである。このような理解によつて——その結論の当否は別にしても——「犯罪後の態度」がいわゆる余罪に関連するものである場合には、最高裁判決の援用する論理に従つて、量刑事情として考慮されうるといふ訴訟法上の可能性が生じたことになる。

(1) 本稿第二章第三節参照。

(2) 最判昭和五八年七月八日刑集三七卷六号六〇九頁。

(3) なお、死刑が言渡された最近の判例で、「犯行後の状況」が不利な事情として考慮されているものとしては、大阪地判昭和六三年一〇月二五日判時一三〇四号五五頁・名古屋地判平成元年六月二八日判タ七一―一〇二六六頁・高松地判平成元年一月二八日判タ七二―一〇三七頁・福岡高判平成三年三月二六日判時一三八七号一四五頁・広島地裁福岡支部判平成三年六月二五日判時一四〇七号一二〇頁などがある。

- (4) 例えば、大判昭和三年七月一日日新聞二九〇一頁(改悛の情を示したこと)・大判大正一三年二月五日新聞三五一号一五頁(被害の弁償を行ったこと)・大判昭和四年六月二四日裁判例三刑五五(示談が成立したこと)など。
- (5) なお、実務上、控訴審における破棄理由の中で高い比率を示している「第一審判決後の情状」(刑事訴訟法三九三条二項・三七七条二項)に基づく原判決の破棄も、広い意味で「犯罪後の態度」が斟酌されていることになる。因みに、平成三年度の控訴審における終局人員のうち原判決が破棄されたものについて見ると、その破棄理由の内訳では「判決後の情状」によるものが六一・二%と最も多い(最高裁判所事務総局刑事局「平成三年における刑事事件の概況(上)」法曹時報四五卷二号(平成五年)二二一頁参照)。
- (6) 奈良地判昭和五三年六月一日判タ三六四号三〇七頁。  
なお、いわゆる連続企業爆破事件第一審判決(東京地判昭和五四年一月一二日刑月一一卷一一号一三八三頁)も、被告人らが甚大な被害に対し何らの慰謝・補償の措置を行っていないこととともに、公判段階での出廷拒否、あるいは訴訟指揮に従わなかったという事情を不利に考慮している。控訴審判決(東京高判昭和五七年一〇月二九日判時一〇六二号三〇頁)・上告審判決(最判昭和六二年三月二四日判時一二二八号二二頁)をも参照。
- (7) 本判決と同様に、「永山事件」の第一次控訴審判決(東京高判昭和五六年八月二一日刑集三七卷六号七三三頁)も、被告人の有利な情状として、第一審判決後獄中結婚し、人生の伴侶を得て環境に変化が現れ、控訴審の公判においては第一審におけるような粗暴な言動を慎んでいること、犯行後獄中で綴った手記を出版し、その印税から遺族に金員を送って慰謝の意を示していることなどを指摘し、死刑を言渡した原審を破棄して被告人に無期懲役を言渡している。
- (8) 佐伯千仞「量刑理由としての自白と否認」団藤重光∥平場安治∥鴨良弼(編)『木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題(下)』(昭和三年)九九四頁。
- (9) 久岡康成「量刑」ジュリスト五〇〇号(昭和四七年)四五四頁。
- (10) 本稿第二章第三節の判例〔7〕参照。

## (二) ドイツの判例

(1) ドイツにおいては、既に見たように量刑事情としての「行為者の犯罪後の態度」が以前から諸草案に採用され、それが現行刑法典四六条二項に掲げられたことにも関連して、「犯罪後の態度」についての判例が数多く存在する。内容も多岐にわたっており、我が国での議論にとっても参考になりうると思われるので、ここでそのいくつかを概観するとしよう。

(2) 「犯罪後の態度」を量刑において考慮しうる根拠づけとして、連邦通常裁判所の判例は、既にライヒ裁判所の判例によっても認められていたいわゆる「徴表説 (Indiztheorie)」ないし「徴表的構成 (Indizkonstruktion)」の理論を採用している。詳細は後述するが、この考え方によれば、「犯罪後の態度」は、そこから行為時における行為者の責任および危険性の程度を推論しうる(「徴表」となりうる)ために量刑上考慮することが許されるのである。代表的な判例として、連邦通常裁判所一九五一年四月一〇日第一刑事部判決<sup>(12)</sup>を見てみよう。本判決は、被告人の公判廷における態度が量刑事情となりうることについて、次のように述べている。

「被告人の自白ないし否認は、量刑事情として慎重に評価することだけが許される。現行刑事訴訟法は、真実発見のために被告人に自白を義務づけたり、重罰や未決拘留への不算入といった不利益による威嚇に基づいて自白するように圧力をかけることを放棄しているからである。従って、自白している被告人の刑罰を、自白という理由だけで軽くしたり、否認している被告人の刑罰を、否認という理由だけで重くしたりすることは、かような自白や否認についての形式的考慮が、被告人に対する不当な圧力として作用する結果となり得るために許されない(刑事訴訟法一三六条a)。もっとも、訴訟中、とりわけ公判廷における被告人の態度は、彼が当該犯罪行為について内心においてどのような態度をとっているかということを示し得るものである。このような犯罪後の態度によって、犯罪行為の不法内容自体は変化しないとしても、場合によっては被

告人の責任及び危険性の程度をそこから推論することが可能なのであり、かような推論を——判例や学説において認められているように——量刑上考慮することは許されるばかりでなく、むしろ考慮されなければならないのである。<sup>(13)</sup>

本判決の趣旨は、連邦通常裁判所一九五四年六月二四日判決を経て、連邦通常裁判所一九七一年八月六日判決<sup>(14)</sup>において次のように一般化された。

「犯罪行為に後行する態度は、行為の不法内容を推論させ、行為に対する行為者の内心における（非難されるべき）態度を認識させる限度で、加重方向に考慮することが許される。」<sup>(15)</sup>

もつとも、実際にどのような場合に「犯罪後の態度」が行為者の犯罪時の責任（ないし不法）および危険性の「徴表」となるのかについて、判例は一般的な基準を明示してはならず、事例ごとの判断に委ねられている。例えば、遺体を埋葬することによって犯罪の発覚を困難にした場合や、単に罪跡の湮滅を図った場合、自己の犯情を軽く見せるための事後工作（自殺未遂）を行った場合、<sup>(18)</sup>拘留中に反抗的な態度を示した場合に、<sup>(19)</sup>かような事情に基づいて行為時の責任ないし行為者の危険性に対する「推論」を行い、刑を加重する方向に考慮することは許されないとされる。一方、加重事情とすることが認められた事例<sup>(20)</sup>としては、犯罪後に多量に飲酒することによって犯行時の血中アルコール濃度の検査を困難にした場合や、<sup>(21)</sup>犯罪後に新たな犯罪を行った場合、殺人行為後に遺体に残虐な扱いを加えた場合<sup>(22)</sup>などがある。反対に、犯行時から判決確定時まで長期間が経過し、その間に行為者の良い行状が認められた場合、<sup>(23)</sup>犯罪後に自発的に警察に自首した場合には減軽事情として考慮されている。

(3) 既に見たようにドイツ刑法四六条二項は「犯罪後の態度」に関して「損害を回復するための努力」という事情を例示している。判例においても、行為者が損害回復に努めたこと、あるいは結果の拡大を防止しようとしたことが従来から量刑上有利に評価されてきた。<sup>(25)</sup>もつともこれは、損害回復ないし損害賠償の努力を怠った場合に、直ちに不利に考慮

するということの意味するものではない。<sup>(26)</sup> 損害賠償の意思を表明すると自己の罪責を認めたことになるのでこれを行わなかつたとき、<sup>(27)</sup> あるいは殺害行為を行った者が被害者の救護に努めなかつたときに、<sup>(28)</sup> 当然に刑が加重されることにはならないのである。<sup>(29)</sup> これに対して、自己の罪責を認めた被告人が、盗品の所在について虚偽の陳述を行うことにより損害回復の意思の不存在が明らかになった場合、<sup>(30)</sup> 服役後に自ら入手するつもりで盗品を隠匿し、損害回復を困難にした場合<sup>(31)</sup>には、量刑上、加重事情として考慮されている。

(4) 刑事手続における被告人(被疑者)の態度も、「犯罪後の態度」の一つとして量刑事情になりうるとするのが判例の立場である。特に問題となるのは公判廷での自白および否認であるが——右に掲げた一九五一年判決に示されているように——自白した被告人の刑を減輕し、否認した被告人の刑を加重するという画一的な取扱いではなく、「徴表説」に依拠しつつ、黙秘権を中心とする被告人の権利を侵害しないようにするというのが判例の基本的態度である。特に否認は、原則として加重事情として考慮することは許されないとされている。<sup>(32)</sup> 被告人の否認によって、証人が虚偽を供述したという結果をもたらす場合も同様である。<sup>(34)</sup> 捜査段階では自白していたが、公判廷では否認したときも、不利に考慮されるべきではない。<sup>(35)</sup> もっとも、捜査段階での自白を撤回するために、警察官らに対し意図的に虚偽の内容で非難した場合には加重事情となる。<sup>(36)</sup> また、自白は悔悟の徴表として減輕事情となりうるが、<sup>(37)</sup> 決定的な証拠が示された後の自白は有利に考慮されない。<sup>(38)</sup> 自白および否認以外の供述態度については、例えば共犯者に自己の罪責を転嫁させたり、<sup>(39)</sup> 証人の信憑性を疑わせるような供述、<sup>(40)</sup> あるいは自己の罪責を過少評価する内容の供述を行つても、それが防御権の範囲内と認められる場合には、不利に考慮してはならないとされる。防御権を逸脱して公判廷で証人を威迫したり、証人に偽証させることによつて第三者に罪責を転嫁した場合には加重事情として考慮されることになる。<sup>(42)</sup>

- (11) 本節三(一)を参照。
- (12) BGHSt 1, 105.
- (13) BGH NJW 1954, S. 1416.
- (14) BGH NJW 1971, S. 1758.
- (15) 他に「敵義説」に立つ判例として、例えば、RGSt 67, 280; RG JW 1926, S. 1820; BGH NStZ 1981, S. 257; BGH NStZ 1985, S. 545; OLG Oldenburg NJW 1968, S. 1293 など。後出注 (28) も参照。
- (16) BGH NJW 1971, S. 1758.
- (17) BGH StrVert 1982, S. 20; BGH NStZ 1985, S. 21; BGH StrVert 1989, S. 12; BGH StrVert 1990, S. 16.
- (18) BGH StrVert 1988, S. 340.
- (19) OLG Köln StrVert 1984, S. 76.
- (20) BGHSt 17, 143; BGH NJW 1962, S. 2070; OLG Oldenburg NJW 1968, S. 1293; OLG Frankfurt NJW 1972, S. 1525.
- (21) BGH MDR 1957, S. 528; BGH GA 1986, S. 371; OLG Karlsruhe NJW 1973, S. 1942; OLG Saarbrücken NJW 1975, S. 1040; OLG Schleswig MDR 1976, S. 1036; OLG Zweibrücken GA 1979, S. 112. Vgl. Hans-Jürgen Bruns, Prozessuale Strafzumessungsverbote für nicht mitangeklagte oder wieder ausgeschiedene strafbare Vor- und Nachtaten?, NStZ 1981, S. 81ff.; Dieter Haberstroh, Unschuldsumvermutung und Rechtsfolgenausspruch, NStZ 1984, S. 289ff.; Theo Vogler, Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsumvermutung, in: Karl Heinz Gössel und Hans Kauffmann (hrsg.), Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, 1985, S. 429ff.
- (22) RG DR 1943, S. 704.
- (23) BGH StrVert 1988, 487; OLG Karlsruhe MDR 1973, S. 240.
- (24) BGH 5StR 514 / 68 (vgl. Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 611f.).
- (25) BGH MDR 1953, S. 146; OLG Köln NJW 1958, S. 2079.
- (26) BGHSt 5, 238; BGH NStZ 1981, S. 343; BGH StrVert 1989, S. 533.
- (27) BGH NJW 1979, S. 1835; BGH StrVert 1987, S. 530.

- (28) BGH MDR bei Holtz 1979, S. 806.
- (29) 『もともと』 OLG Hamburg NStZ 1989, S. 226 は、損害賠償を怠ったことを量刑上不利に考慮している。本判例につき、vgl. Thomas Hillenkamp, StrVert 1989, S. 533 ff.; Thomas Weigend, JR 1990, S. 28ff.; Walter Grasnick, JZ 1990, S. 703ff.
- (30) BGH GA 1975, S. 84.
- (31) BGH MDR bei Dallinger 1966, S. 560.
- (32) Vgl. BGHSt 1,105; BGHSt 1,342; BGH MDR 1971, S. 545; BGH NJW 1953, S. 192; BGH NJW 1955, S. 193; BGH NJW 1955, S. 1158; BGH NJW 1961, S. 85; BGH NJW 1965, S. 85; BGH GA 1961, S. 172; BGH StrVert 1981, S. 620; BGH StrVert 1989, S. 388; BGH NStZ 1983, S. 118; BGH NStZ 1985, S. 545; BGH NStZ 1989, S. 171; BGH JR 1955, S. 392; BayObLG JZ 1976, S. 532; OLG Köln MDR 1980, 510.
- 一九八一年三月二十五日の連邦通常裁判所判決 (BGH NStZ 1981, S. 257) は、訴訟中の態度は行為者の法敵対性・危険性・将来の法違反のおそれを示し、行為と関連して人格に対する不利な推論を導く場合に限って加重事情になりうるとする。
- (33) BGH MDR 1980, S. 240; BGH StrVert 1982, S. 418; BGH StrVert 1983, S. 501; BGH NStZ 1983, S. 118; BGH NStZ 1987, S. 181; OLG Köln MDR 1980, S. 510.
- (34) BayObLG NJW 1986, S. 441.
- (35) BGH GA 1969, S. 307.
- (36) BGH MDR 1966, S. 894.
- (37) BGH MDR 1962, S. 339.
- (38) BGH MDR 1966, S. 727.
- (39) BGH StrVert 1989, S. 388. Vgl. BGH StrVert 1990, S. 403.
- (40) BGH StrVert 1981, S. 620.
- (41) BGH NStZ 1985, S. 545.
- (42) Vgl. BGH MDR 1980, S. 240; BGH StrVert 1985, S. 147; BGH NStW 1991, S. 182.

### 三 責任判断・予防判断と「犯罪後の態度」

前章で示した「当為としての量刑基準」において個々の「量刑事情」が有する意義と機能を明らかにするためには、それが、(刑罰の「上限」としての)行為責任に影響を与える事情なのか、それとも予防的考慮に際して意味をもつのか、あるいはその両者に関連するのか、といった観点からの分析を行うことが必要となる。以下においては、これまで概観してきたことを踏まえて、量刑事情としての「犯罪後の態度」について右のような分析を試みることにしたい。

因みにドイツにおいては、刑法四六条二項の「行為者の犯罪後の態度」を責任判断にも予防判断にも影響を与える事情として捉えるのが一般的見解である。<sup>(1)</sup> すなわち、四六条一項前段にいう「刑の量定の基礎」としての行為者の「責任」を決定する場合と、同じく一項後段の「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」を考慮する場合の両者において、同条二項の「犯罪後の態度」が斟酌されるのである。従って、多数説である「幅の理論」によるならば、「犯罪後の態度」は、まず責任に相応するとみなされる刑の「幅」を確定する段階で考慮に入れられ、次に「幅」の範囲内で特別予防的観点に基づいて最終刑を決定する段階でも評価の対象となるのである。

そこで最初に検討されなければならないのは、責任判断と「犯罪後の態度」の関係である。量刑過程において、刑罰の「上限」となる「責任」を確定する際に、果して「犯罪後の態度」という事情を考慮に入れることが許されるのか、許されるとすればそれはどのような論理構造から導かれるのか、が明らかにされなければならない。特に、罪刑法定主義・行為主義・責任主義といった刑法学の基本原則と矛盾することなく、責任判断の対象とすることが可能なかという問題がその中心となる。<sup>(2)</sup> 我が国およびドイツにおいて、「犯罪後の態度」を責任評価の際に考慮しようとする見解がいかなる理論構成を行っているかを概観することから始めよう。

## (一) 責任判断と「犯罪後の態度」

## 1 従来の見解

一 ドイツで主張されている「犯罪後の態度」を責任判断の段階において評価の対象としようとする見解は、大別するならば、(i)「犯罪後の態度」そのものを独立した責任判断の対象とする見解と、(ii)「犯罪後の態度」を独立した評価の対象とするのではなく、行為時における行為者の責任の程度を判断するための非独立的な評価資料とする見解に分かれる。<sup>(3)</sup>ここでは、まず(i)の立場に属する諸学説から見ていくことにする。

二 (i)の見解の中で最初に掲げるべきものは、行為論ないしは構成要件論のレベルにおける説明を試みる学説である。「犯罪後の態度」が行為概念あるいは構成要件概念に包摂されうるとするならば、それを量刑における独立した責任判断の対象とするという結論は容易に導かれよう。

(1) まず、構成要件論による説明を見てみよう。

ペーリング(Ernst Bebing)は、構成要件に記述されていないが、構成要件の関心領域(Interessensphäre)に属し、構成要件とともに一つの全体(ein Ganzes)を形成する事情があると主張した。<sup>(4)</sup>そのような二次的要素も、本来の構成要件の外枠(Außerzone)をなしており、広義における構成要件に包含されるとするのである。かような事情の例として、実行行為に先行する行為(Vorbereitungshandlungen)、実行行為に随伴する行為(Nebehandlungen)、そして実行行為後の行為(Nachhandlungen)が挙げられている。

ペーリングによれば、実行行為後の行為が構成要件の「関心領域」に属するのは、それが、犯罪から生じた継続的あるいは変更可能な状態を維持・固定し、ないしは悪化させる場合においてである。従って、犯罪から違法な状態が発生

しなかったり、発生してもそれを変更することが不可能であるときには、実行行為後の行為は評価の対象とはならないことになる。すなわち、そのような行為が、法秩序にとって除去が可能であり、かつ除去することが望ましい状態の維持に影響を与えなかった場合には、構成要件の「関心領域」に属さないことになるのである。<sup>(5)</sup>このように、「犯罪後の態度」は構成要件の「関心領域」に属する限りにおいて、量刑事情として考慮しうるものと解されている。

(2) シュペンデル (Gunter Spendel) は、ベーリングの考え方を次のように継承し、展開させた。<sup>(6)</sup>

それ自体は構成要件に属するものではないが、構成要件に「色あい (Farbung)」すなわち具体的な特性を与え、それに対する加重・減輕方向にむかっている評価を可能とする行為事情 (Tat-Umstände) が存在する。構成要件が処罰そのものの事実上の根拠 (Rechtsgrund) であるのに対し、行為事情は具体的な刑量を決定するための事実上の根拠なのである。このような行為事情は、行為者の人的要素、及び行為・行為者とは緩やかにしか関係しない事情と並んで、量刑事情に属することになる。さらに行為事情は、予備行為 (Vorhandlungen)・実行行為に随伴する行為 (Nebenhandlungen)・実行行為後の行為 (Nachhandlungen) に分類することができる。従って、「犯罪後の態度」も、量刑事情として考慮に入れることが可能なのである。<sup>(7)</sup>

(3) 行為論からの基礎づけを試みるのか、ラング・ヒンリクセン (Dietrich Lang・Hinrichsen) である。<sup>(8)</sup>

ラング・ヒンリクセンは、従来のベーリングらによる解決の試みは、既遂後の行為者の態度を考慮しようとしている点において個別行為責任主義に反していると批判する。そこで彼は、この難点を回避するため、法律上の構成要件の意味における既遂 (Vollendung) と、量刑上の意味における既遂とを区別して判断すべきことを主張する。そのためには、量刑においてのみ妥当する、広義の所為 (Tat) 概念が必要となる。すなわち、法律上の構成要件は全犯罪事象の中から一部の類型的な事情のみを抽出して可罰行為を規定しているのに対し、犯罪的「所為」は、これらの事情だけでなく実

行為為に附随する事情や、事前・事後の事情をも包含するのである。行為概念は目的論的概念であるために、このような構成が可能となる。従ってこれに対応して、量刑上の意味における「責任」も、「全体行為(Gesamtta)に關連する責任」として位置づけられる。<sup>(9)</sup>

さらにラング・ヒンリクセンは、自説は次のような点でベーリングらの説と異なるとする。すなわち、ベーリングの見解では、いわば自然主義的な、拡大された構成要件概念が問題となっていたのに対し、自説では目的論的な、拡大された所為概念が主張されているのである。拡大された所為概念は、不法・責任内容の包括的な評価に關係する全要素を含む。それは形式的な構成要件ではなく実質的な価値基準によつて規定され、行為の完全で具体的な価値形象を得るために必要なすべてのものを取り込むのである。<sup>(10)</sup>

実行為に後行する事情を量刑に際して考慮しうるかという点については、ベーリングの見解によれば、行為者が構成要件に該当する不法を同一方向にさらに悪化させたか否かが、問題となっている個別的法益の侵害との関連でのみ顧慮されるのに対して、自説では、全体的観点からするところの一個の価値統一体(Werteinheit)との目的論的關連が重要となる。従つて、自説においては、実行為に後行する事情は、構成要件該当行為と価値的關連を有する限り、広く量刑に際して考慮に入れることが可能となるのである。<sup>(11)</sup>

三 次に、「犯罪後の態度」が独立した責任判断の対象のなりうることを、違法論(ないし責任論)のレベルにおいて説明する諸見解が存在する。

(1) かような見解は、違法の「段階性」を主張したケルン(Eduard Kern)の所説の中に既にあらわれていた。<sup>(12)</sup> 彼は、違法性の程度を決定する要因として、侵害の客体・侵害行為の態様・被害者の態度と並んで行為者の「犯罪後の態度」を掲げていたのである。彼の主張によれば、行為者が既遂後に、法秩序にかなう状況を回復した場合——例えば盗品を返

還したり、生ぜしめた損害を賠償したり、侮辱行為を謝罪したような場合——には、自発性の有無にかかわらず、違法性は減少するとされたのであった。<sup>(13)</sup>

その後パウマン (Jurgen Baumann) は、一九六二年二月九日の連邦通常裁判所判決 (BGHSt 17, 143) を契機として、「犯罪後の態度」が違法性に与える影響に関する見解を主張した。<sup>(14)</sup> この判例においては、事故後現場から不法に離れる罪 (刑法一四二条) を犯した者が、犯罪後、多量に飲酒することによって犯行時の血中アルコール濃度の算定を困難にしたという事情が量刑上加重事情として考慮された。その理由は、右の行為者は「構成要件に該当する不法に対し、さらに〔当該構成要件が保護する法益への侵害と〕同一方向の不法を付加したことになる。裁判官は、かような付加的不法を、一四二条の構成要件の実現によって評価し尽くせない法敵対的態度とみなしうるのである」というのであった。これについてパウマンは次のように述べた。不法と「犯罪後の態度」との関係を考えるにあたっては、不法の段階性を認め、さらに非構成要件的 (außertatbestandlich) 態度による不法の段階性をも認めることが前提となる。そこで初めて、犯罪後の態度によつて高められるのは、当該構成要件が保護している法益の侵害に基づく不法だけなのか、それ以外の法益侵害による不法を含むのが問題となる。しかし、当該構成要件が保護している法益と同一方向の法益を再度侵害したことを理由として不法の増加を認めるならば、構成要件要素の二重評価となるばかりでなく、罪刑法定主義を空洞化する危険もある。もつとも、構成要件は不法を個々の的に記述しているだけであり、当該構成要件を充足していても、刑法以外の規範を侵害したり、当該構成要件が保護の対象としていない、より高次の法益を侵害している場合がある。また、二つの法益が衝突するときに不法が阻却されうることからすれば、異なる法益侵害が併存するときには既に生じた不法が増加する可能性もある。従つて、当該構成要件によつて保護されていない法益を事後的に侵害した場合には、<sup>(15)</sup> 先行する行為の不法が増加することを認めうる——と。

(2) 違法性の「可変性」を主張し、構成要件の実現後も法益侵害を防止し法秩序の回復を促進することが刑事政策的にも望ましいとの立場から、「犯罪後の態度」による違法性（および責任）の増加・減少を認めるのがヘルツ（Thomas Hertz）である。<sup>(16)</sup>

ヘルツは、形式的な既遂（formelle Vollendung）に達したが、実質的な終了（materielle Beendigung）に至っていない場合を——犯罪後の態度（Verhalten nach der Tat）と區別して——犯罪に随伴する態度（Verhalten bei der Tat）の問題であるとして考慮の対象から除く。従つて議論すべきなのは、「犯罪の実質的終了後の態度」であるとすると。これについては、いわゆる不可罰的（共罰的）事後行為（straflose od. mitbestrafte Nachtat）が問題となる。まず、事後行為によって、当該犯罪行為（実行行為）の違法性が増加するののか、例えば、窃取した物品を後で損壊した場合に、損壊しない場合と比べて窃盗行為自体の違法性をより強いものと評価してよいのかという点について考える。ヘルツは、当該犯罪の保護法益と同一の法益を事後行為によって再侵害した場合には当該犯罪の違法性が高まることを認める。すなわち、事後行為が「不可罰」なのは、それが先行行為（実行行為）の不法内容において評価されているからであり、事後行為によって、先行行為が惹起した法益侵害の状態が強められたり、損害が拡大されたりした場合には、先行行為がいたる違法性が増加することになるのである。<sup>(17)</sup> なお、ここでは、犯罪の成否ではなく、刑罰の程度が問題となつているため、罪刑法定主義に違反することにはならないとされる。<sup>(18)</sup> それでは、先行行為の保護法益とは異なる法益を、事後行為が侵害した場合はどうか。ヘルツは、行為の不法内容は個々の構成要件において保護されている法益によって規定されるから、原則としてこの場合には先行行為の違法性は変化せず、事後行為がいたる違法性を独立して評価するべきだとする。<sup>(19)</sup>

右のように、事後行為によって先行行為の違法性が増加する場合には、それに対する非難可能性であるところの責任も増加することになるとされる。さらにヘルツは、事後行為によって先行行為の責任だけが増加する場合をも認めてい

る。彼は、そのような例として、①刑法二二一条二項の謀殺罪における「物欲から (aus Habgier)」、三二五条C一項二号の「無謀に (tücksichtslos)」などの構成要件に記述された心情要素 (Gesinnungsmerkmal) や、四六条二項にいう量刑事情としての「行為によって表示された心情」(die Gesinnung, die aus der Tat spricht) が、事後行為によって持続され、強められたことが示された場合、②行為者の動機・目的が、事後行為において責任非難を高めるような態様で変化した場合——例えば社会的弱者に分配するつもりで財産罪を犯した者が、犯罪後、強欲から自己の生活のために財物を利用したような場合——、③事後行為によって犯罪的意思ないし犯罪エネルギーの強化が示された場合——躊躇しつつ行為を開始した共犯者が、事後行為において行為に同調し、利益を確保しようとしたような場合——を挙げている。<sup>(20)</sup>

以上とは反対に事後行為によって先行行為の違法性が減少するのは、行為者が、法秩序にふさわしい状態の回復に寄与し、法益侵害の程度を事後的に軽減した場合——盗品の返還・財産犯における損害の補填・侮辱に対する謝罪・被害者の負った傷害の回復への努力——である。<sup>(21)</sup> 通常、右の場合には行為者の責任も減少するとされる。<sup>(22)</sup>

<sup>(23)</sup> (3) ヘルツとは異なる角度から、違法論において「犯罪後の態度」を基礎づけようとするのがボトケ (Wilfried Botke) である。

彼は、犯罪論と量刑論における不法判断の相違を強調する。すなわち、前者における「違法である (rechtswidrig)」という評価は、例えば正当防衛が許されるか否かを一義的に決定するといったように、刑罰の基礎づけにとって重要な (strafbegründungsrelevant) ものである。これに対して、後者においては、犯罪行為の不法内容の大小を、換言すれば犯罪事象の無価値を包括的に把握するという、量刑上重要な (strafzumessungsrelevant) (＝法律効果上重要な (rechtsfolgenrelevant)) 判断が中心となる。このような判断構造の相違は、判断対象の範囲にも影響を与える。前者では、潜在的被害者に対して最終的に確定した判断基底を与えるために、全事象の一部のみが判断対象となるにすぎない。

他方、後者では、既遂時までではなく捜査・公判手続に至るまでの事情が判断対象となる。従って損害回復のように法益に関連した (rechtsgrundsbezogen) 事後行為も、量刑論上の不法判断では考慮に入れられることになるのである。<sup>(24)</sup>

四 続いて、(ii) の見解、すなわち「犯罪後の態度」を独立した評価の対象とするのではなく、行為時における行為者の責任の程度を判断するための評価資料とする見解を概観する。

(1) このような考え方が、既に紹介した「徴表説」ないし「徴表的構成」の理論である。これによれば、「犯罪後の態度」は、行為時における行為者の責任 (ないし危険性) を評価するための徴表 (Indiz)<sup>(25)</sup> あるいは事後的徴候 (nachträgliche Symptom)<sup>(26)</sup> であり、それ故に量刑事情として考慮することができる。もともと、その場合の「犯罪後の態度」は、行為時の責任の程度を推論するための、あくまでも非独立的な評価資料であり、仮にそれ自体を独立した量刑事情として考慮するならば、行為責任主義を逸脱し、行為者の心情を処罰することになると解されている。<sup>(27)</sup> 従って、「犯罪後の態度」が「徴表」でありうるためには、常に犯罪行為との確実な関連性が要求されることになる。

「徴表説」が支持される背景には、犯罪論における「責任」と量刑論における「責任」とを区別し、<sup>(28)</sup> さらに後者の内容を「行為責任」と解する場合でも、そこに行為者 (人格) 的要素の影響を認めようとする見解が存在することを指摘できよう。すなわち、ドイツにおいては——特に量刑の「基礎」としての「責任」に関して——<sup>(29)</sup> 純粹な「行為責任」を採用する論者はむしろ少数であり、通常は「行為を行為者の生活における孤立した現象としてではなく、彼の全人格との関連において、その他の行動の一環としてのみ考察する」<sup>(30)</sup> という「行為者人格を考慮に入れた行為責任」論が支持されている。<sup>(31)</sup> 従って「犯罪後の態度」に限らず、(刑法四六条二項が掲げるような) 行為者の前歴、その一身のおよび経済的状态といった「行為者的要素」も「行為」と関連する限りで責任の軽重に影響を与えると解することは、比較的抵抗なく受け入れられているのである。

(2)もつとも、学説の中には、量刑論における「責任」概念から行為者人格的要素を排除すべきことを提唱しつつ、一方で「徴表的構成」を限定的に採用しようとする見解もある。

ツィップは、いわゆる「幅の理論」と同様の観点から、「責任の枠(Schuldrahmen)」の範囲内で予防的考慮に基づいた量刑を行うべきことを主張するが、その場合量刑の基礎となる「責任」概念をできる限り行為責任として純化し、「行為者人格的構成要素」は——具体的な違法行為を特徴づけるものは別にして——予防判断においてのみ考慮することが妥当であるとする。責任から人格的要素を排除することにより、ある行為の責任内容と他の行為の責任内容についての程度の比較が容易になり、また、人格的要素を広く予防判断に役立たせることができるからである<sup>(32)</sup>。ただ、量刑の基礎となる「責任」(量刑責任)は、犯罪論上の「責任」とは異なり次のような構造をもつ。すなわち、量刑責任は、行為者の責めに帰すべき構成要件の実現についての非難可能な行為態様である「行為構成要素(Handlungskomponente)」と、行為者の責めに帰すべき構成要件的・非構成要件的結果の程度から成る「結果構成要素(Erfolgskomponente)」から構築されている<sup>(33)</sup>。そして、量刑責任における行為構成要素は、犯罪行為時において確定され、原則として犯罪後の事情によって変更されることはない。例えば、行為者が犯罪後に被害者に対して損害賠償を行ったとしても、そのことは量刑責任の行為構成要素としては評価されえない。これに対して、量刑責任の結果構成要素は、決して犯罪行為の時点で確定されるものではない。犯罪後の事情であっても結果構成要素に影響を与えるものが多く存在する。例えば傷害罪において、傷害の程度という結果は、行為時で決定するのではなく、むしろ一週間、一か月といった期間を経て最終的に確定する。また、損害賠償や損壊行為によって、行為の結果は軽微化されたり、より悪化したりもする。従って、考慮されうる結果の程度は、行為時ではなく、公判時において決定されるべきである。このように考えるならば、「犯罪後の態度」が結果構成要素に影響を与えるかどうかを判断する際には「徴表的構成」を用いる必要がない。「犯罪後の

態度」は、量刑責任における結果構成要素に直接影響を及ぼすのである<sup>(34)</sup>。例外的に「犯罪後の態度」が行為構成要素に週及的・間接的影響を与えるとみられる場合——例えば公判廷における被告人の態度——にのみ、「徴表的構成」に依拠することになるが、その際には厳格なチェックが要求される<sup>(35)</sup>。

以上のようにツイップの見解においては、「徴表説」には「犯罪後の態度」と量刑責任の行為構成要素を関連づけるという限定的機能のみが認められている。

五 以上のようなドイツでの理論状況に対して、我が国では、従来「犯罪後の態度」と責任判断の關係について十分な議論が行われてきたわけではない。特に——ドイツにおける「徴表説」が主張するような——「行為責任」論との論理的整合性を旨とすといった形での学説の展開はみられず、むしろ人格（形成）責任論からの基礎づけが主張されているのである。

(1) 既述のごとく団藤博士は、量刑においては犯罪そのものの軽重、すなわち違法性および責任の大小が重要な標準となるとされ、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を含むと主張される<sup>(36)</sup>。そして責任の強弱をきめる具体的事実が「犯罪の情状」であるが、その中には、一方では人格態度の面に属する事実（心理学——生物学的）と他方では人格態度の場としての行為環境に属する事実（社会学的）とがあるとされる。以上は犯罪そのものの情状であるが、さらに、犯罪後の情状が考慮されることを要するとされ、改悛の有無、損害賠償に努力したかどうかなどは重要な事項であると述べられる。そして、犯罪そのものの情状が責任の強弱に直接に影響し、極端なばあいには、期待可能性がないものとして責任を阻却するものであるのに対し、犯罪後の情状は、もはや犯罪そのものの成否には関係がないが、犯罪についての非難をもちや行為者の現在の人格に帰することができなくなったときは、これに刑罰を科する根拠を失うと主張されるのである<sup>(37)</sup>。

(2) 大塚教授は、責任の存否を論ずる段階では個別行為責任論を、責任の程度を判断する段階では人格形成責任論を採用される。そして、「犯罪後の情況として、とくに犯人が、事後的に改悛したかどうか、被害者に対して損害を賠償したかどうかなどが考慮されるべきこと」は、「厳密には、犯罪の成否の問題ではなく、犯罪の程度の問題でもないが、人格形成責任の立場からすれば、行為者に対する人格的非難と関連する事実であって、やはり、責任の延長の面において理解されなければならない」と主張され、さらに「このような観点から、犯人に既に十分な改悛的自覚が認められるか、あるいは、必ずしも刑罰を介しなくてもそれが容易に期待されうるときは、あえて刑罰を科する必要はないであろう」と述べておられる。<sup>(39)</sup>

以上の立場からは、「犯罪後の態度」の問題は犯罪の成否ないし程度とは無関係であるとされながらも、行為者の人格と関連し、「責任の延長」——この概念の意義については必ずしも明らかにされていないが——の面において考慮されなければならないとされるのである。<sup>(40)</sup>

- (1) Vgl. Hans-Jürgen Bruns, Strafmessungsrecht, 2. Aufl., S. 562ff.; Reinhart Maurach = Karl Heinz Gossel = Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 573ff.; Adolf Schönke = Horst Schröder = Walter Stree, Stagesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., 1991, §46 Rn. 39.  
 なお、「犯罪後の態度」の問題点に関する簡潔なコメントとして、vgl. Franz Steng, Strafrechtliche Sanktionen, 1991, S. 178f.
- (2) 本稿第一章参照。
- (3) Vgl. Wilfried Botke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S. 662ff.

- (4) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 246ff.
- (5) Beling, a. a. O. (Anm. 4) S. 245ff.
- (6) Günter Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 228ff.
- (7) Spendel, a. a. O. (Anm. 6) S. 256. Vgl. ders., Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 1964, S. 1762f.
- (8) Dietrich Lang-Hinrichsen, Bemerkungen zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht, in: Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug (hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1969, S. 353ff. (本論文に関しては、刑法読書会〔中山研一〕「ウイルクム・ガラス記念論文集の紹介(八) ランケルヒンリクセン『刑法における所為概念についての覚え書』」法学論叢八九巻三号(昭和四六年)五八頁以下参照。) Vgl. Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 796 FuBn. 53. なお、後述するンヤフスタインの見解を参照。
- (9) Lang-Hinrichsen, a. a. O. (Anm. 8) S. 353ff.
- (10) Lang-Hinrichsen, a. a. O. (Anm. 8) S. 362ff.
- (11) Lang-Hinrichsen, a. a. O. (Anm. 8) S. 364ff.
- (12) Eduard Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64, 1952, S. 287. もっとも、先に見たベーリングの見解も、既に「犯罪後の態度」による違法性の變化を示唆するものであった(vgl. Beling, a. a. O. (Anm. 4) S. 254ff.)。
- (13) Kern, a. a. O. (Anm. 12) S. 287.
- (14) Jürgen Baumann, Das Verhalten des Täters nach der Tat, NJW 1962, S. 1797f.
- (15) Baumann, a. a. O. (Anm. 14) S. 1798.
- (16) Thomas Hertz, Das Verhalten des Täters nach der Tat, 1973, S. 90ff.
- (17) Hertz, a. a. O. (Anm. 16) S. 95ff.
- (18) 前出注(15)のバウマンの批判を参照。
- (19) Hertz, a. a. O. (Anm. 16) S. 98ff. ただし例外として、住居侵入罪と器物損壊罪は加重窃盗罪によって、また、妊婦に対する傷害罪は墮胎罪によって評価されているとする。(S. 98f.)
- (20) Hertz, a. a. O. (Anm. 16) S. 102-107.

- (21) Hertz, a. O. (Anm. 16) S. 101-102.
- (22) 既に述べたところと同様に、行為者の心情・目的・動機・犯罪エネルギーが、彼の法敵対的態度からの帰還を示すような形で事後行為において変化したときには、責任のみが減少するとされる (S. 107-108)。
- (23) Botke, a. O. (Anm. 3) S. 682ff.
- (24) Botke, a. O. (Anm. 3) S. 682-683.
- (25) Vgl. Bruns, a. O. (Anm. 1) S. 575ff.; ders.: Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., S. 230ff.; Schönke = Schröder = Siree, a. O. (Anm. 1) §46 Rn. 39 f.; Günter Hirsch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1979, §46 Rn. 93f.; Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., S. 796f.
- (26) Reinhard Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S. 849.
- (27) Vgl. Eduard Dreher, Die erschwerenden Umstände im Strafrecht, ZStW 77, 1965, S. 224ff.; Baumann, a. O. (Anm. 14) S. 1798; 連邦通常裁判所の判例 (BGH NW 1954, S. 1416) も、この点を指摘する。
- なお、「ドイツにおいてかつて有力に主張されていた人格責任論(行状責任論・生活決定責任論)ないし性格責任論によるならば、「犯罪後の態度」を責任判断の対象とすることは容易であったと言えよう (vgl. Hertz, a. O. (Anm. 16) S. 79ff.)。例えば性格論的責任論から行状責任論へと自説を展開していったメツガーは、量刑において考慮すべき事情として、「行われた犯罪の強弱・行為者の動機づけの過程・行為者の性格・行為者に対する刑罰の効果と並んで行為者の「犯罪後の態度」を掲げた。そして「法益の世界に対する行為者の攻撃を狭義における行為からのみ評価し、このような法益に対する行為者その後の態度によって評価しないならば、それは形式主義であって正当化されるべきではない」としていたのである (vgl. Edmund Mezger, Strafzumessung in Entwurf, ZStW 51, 1931, S. 866f.)。
- (28) この点については、本稿第三章第五節一を参照。
- (29) なお、後述するシュトラーターテンヴェルト、シャフスタインらの見解を参照。
- (30) Bruns, a. O. (Anm. 1) S. 540.
- (31) 阿部純二「最近の西ドイツにおける責任論の傾向」刑法雑誌二四卷一号(昭和五五年)九五頁以下参照。
- (32) Maurach = Gossel = Zipf, a. O. (Anm. 1) S. 559ff.

(33) Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 1) S. 564f.

(34) Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 1) S. 574f. 7)の限りで、ツィップの見解は既述の(i)の見解にも属することになる。

(35) Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 1) S. 575f. 例えば「損害賠償が現実に行われた場合には結果構成要素に直接的な影響を与えるが、損害賠償のために努力したが被害者がこれを拒否したために実際には行えなかった場合には「徴表的構成」によって行為構成要素に間接的な影響を及ぼすことがあるにすぎないとする(S. 576)。また、反対に犯罪「前」の態度は、量刑責任の行為構成要素には直接的に影響を与えるが、結果構成要素に対する関係では「徴表的構成」に依拠しなければならぬとする(S. 574)。

なお、量刑責任に対する「犯罪後の態度」の影響を認めるものとして、vgl. Wolfgang Frisch, Gängenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99, 1987 S. 77 ff.; Franz Streng, Schuld ohne Freiheit?, Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 101, 1989, S. 325ff.

(36) 団藤博士の人格(形成)責任論については、本稿第三章第五節二を参照。

(37) 団藤重光『刑法綱要総論』(第三版)(平成二年)五四一―五四四頁。

(38) 大塚仁『刑法概説(総論)』(改訂増補版)(平成四年)四八六―四八七頁。

(39) もっとも大塚教授は、『犯罪論の基本問題』(昭和五七年)二―三頁においては、判決の際、犯人に顕著な改悛の情がうかがわれる場合には、それを顧慮して本来の責任の程度よりも軽い刑を言い渡すことができるが、それは「事後的に犯人の責任が軽減されるからではなく、とくに特別予防政策的見地から、責任の程度に相応した刑罰よりも軽い刑罰を科するものと判断されるためである」と説明されている。

なお、八木國之教授は、性格責任論の立場から、刑の量定における反社会的性格又は危険性の分量は期待可能性の程度で把握できるとされ、通常それは犯罪行為時における期待可能性であるが、犯罪行為後の改善に向かっている反社会的性格又は危険性の持続・減少は、別に行刑面において測定され考慮されなければならないのは当然であり、その徴表が判決時にある程度把握できるのならば、これを加味して量刑されると主張されている(八木國之『増補・新派刑法学の現代的展開』(平成三年)四七頁以下、五〇頁参照)。

(40) 我が国においては、違法論のレベルで「犯罪後の態度」を基礎づけようとする主張は特に見られないが、鈴木茂嗣教授が、

かつて名譽毀損罪における事実証明について次のような説明をされていたことが注目される。鈴木教授は、刑法二三〇条ノ二の規定が違法阻却事由と解される理由に関連して「ある行為を処罰しうるためには、その行為が行為時の判断において違法と解されるのみならず(行為時違法)、裁判時においても違法と判断されうるものでなければならぬ(裁判時違法)。行為時に違法と判断される行為でなければ、その行為者に『行為責任』を問うわけにはいかない。しかし、それと同時に、その具体的行為が裁判時点においてもなお違法と判断されうるものでなければ、裁判時点においてその行為につき行為者が非難する十分の根拠に欠けることにならう」とされ、このことは「法状態に変化がある場合のみならず、事実状態に変化がある場合にも妥当してよいはずであり、「このように考えてくると、訴訟上事実の真实性が明白になったという事実、すなわち『真实性の証明』そのものを、当該行為の裁判時の違法性判断に影響を及ぼす事由、すなわち違法阻却事由と理解することは、決して背理とはいえないであろう」と主張された(鈴木茂嗣「名譽毀損罪における事実証明」中義勝(編)『論争刑法』(昭和五十一年)三二五頁以下。なお、同「名譽毀損罪における事実の証明」藤木英雄||板倉宏(編)ジュリス卜増刊『刑法の争点』(新版)(昭和六二年)二三五頁参照)。このような見解を「犯罪後の態度」について当てはめるならば、それが法状態ないし事実状態に変化をもたらず場合には、裁判時の違法性判断に影響を及ぼす事由として位置づけることが可能とならう。

もつともその後鈴木教授は、刑法二三〇条ノ二の規定については違法阻却事由説から処罰阻却事由説へと所説を変更されている(同「規範的評価と可罰的評価」石松竹雄||守屋克彦(編)『小野慶二判事退官記念論文集・刑事裁判の現代的課題』(昭和六三年)三四頁注(2))。しかし現在でも「犯罪」は必ずしも行為の時点でただちに終了するものではない。むしろ一般には、法益に対する抽象的危険なり、具体的危険なり、また現実の侵害なり、何らかの違法結果の発生をまっぴら犯罪の成立をみるのである。また、厳密には「結果」とはいえないような種々の「処罰相当状況」が問題となることがありえよう。いずれにせよ、違法行為そのものの成立と犯罪の成立とは、必ずしも時期を同じくするものではない。事後の諸状況を考慮に入れた可罰的評価の結果、「違法行為」がいわば適及的に「犯罪行為」と評価されるというのがむしろ常態であることに、われわれはまず注目しておく必要がある(同書三二頁以下)と述べておられるところから推察すれば、「犯罪後の態度」が違法論において基礎づけうること、すなわち「違法行為」に対して可罰的評価を行う際の「事後の諸状況」に含ませうることは、依然として可能であると言えよう。

## 2 批判的検討

一 これまで概観してきた諸見解が、果して刑法学の基本原則と矛盾せずに自説を導くことに成功しているかどうかを、以下において検討しよう。まずドイツにおいて主張されている(i)の諸見解から始めたい。

(1) ベーリング、シュベンデルが主張する構成要件論による「犯罪後の態度」の基礎づけは——もしそれらが理論的に支持されるものならば——明確性という点で優れ、罪刑法定主義とも調和しうるものであることは疑いがない。しかし、これらの見解に対する共通の疑問は、それが形式的な説明に終始し、量刑事情としての「犯罪後の態度」を考慮し確定するための実質的基準を提示し得ていない点である。「犯罪後の態度」が、ベーリングの言う構成要件の「関心領域」、あるいはシュベンデルの主張する構成要件に具体的特性を与える刑量決定の「事実上の根拠」といった範疇に属するとしても、これらの見解からは、具体的な事例において「犯罪後の態度」をどのように、どの範囲まで考慮することが許されるのかという点は明らかにされない。こうした問題を解決するための有用な基準を示さない限り、構成要件論による説明は、量刑事情を基礎づける理論になりうるか否かという検討の対象とはされ得ないのである。<sup>(4)</sup>

(2) それでは、ラングーヒンリクセンの主張する、行為論による説明はどうであろうか。前述のように、この見解はベーリングの主張を「自然主義的な、拡大された構成要件概念」によるものとして批判し、自説では「目的論的な、拡大された所為概念」が中心になると主張した。すなわち、「拡大された所為概念」は、不法・責任内容の包括的評価に関する全要素を含むものであり、量刑事情についても「実質的な価値基準」によって構成要件該当行為との「価値統一」を形成する限り判断対象として認めていこうとするのである。しかしラングーヒンリクセンは、これらの「実質的な価値基準」および「価値統一」の内容については、何ら具体的説明を行っていない。確かに、彼が量刑論においても個別行為責任論を維持しようとする態度自体は評価することができよう。しかし、それを「行為」概念の拡大によって実

現しようとするのであれば、少くとも右の諸概念の实体を明確にすべきことは当然の義務であろう。さもなければ、「犯罪後の態度」を評価の対象とすることが個別行為責任主義に反するものではないと主張しても、それは——「行為」を広く解しているだけのことであるから——全く説得力を欠いた議論になりかねないのである。<sup>(42)</sup>このように、行為論による「犯罪後の態度」の基礎づけにも問題が残ることになる。

(3)次に、違法論からの説明はどうか。

ヘルツらによる違法論のレベルでの「犯罪後の態度」の基礎づけは、個々の刑罰法規が保護しようとしている法益に着目し、それらが「犯罪後の態度」によってどのような影響を受けているのかという観点からの理論構成を行うものであった。こうした見解は、構成要件論・行為論による説明に比べて、はるかに実質的内容を伴ったものであると評せよう。「責任」判断は、当該違法行為に対する非難可能性なのであり、「犯罪後の態度」が責任判断に影響を与えようとするならば基本的には当該行為の違法性にその基礎を求めていくことが妥当だからである。

しかし、ここで問題としなければならないのは、ヘルツによって、当該構成要件が保護する法益と同一の法益を事後行為により再侵害した場合には、当該犯罪の違法性が増加すると認められている点である。これによれば、窃盗罪を犯した者が事後に財物を損壊した場合には、損壊しない場合に比べて、当該窃盗行為の違法性を高いものとみなすことになるのである。しかし、財産犯の保護法益を本権・占有のいずれと解するにせよ、それは実行行為の終了によって侵害され尽くされている。<sup>(43)</sup>それにもかかわらず、犯罪後の事情によって当該法益がさらに侵害され、それによって先行行為の違法性が影響を受けるとすることは、個別行為に対する評価であるはずの違法性判断の本質に反し、延いては行為主義とも矛盾することになる。<sup>(44)</sup>

確かに、例えば継続犯の場合のように、犯罪が既遂に達した後の事情が違法性判断に際して意味をもつことはあり

うる。<sup>(45)</sup> 監禁罪において、行為者が（既遂後もなお）被害者を長時間にわたって監禁したという事情は、監禁罪の違法性に影響を与えることにならう。しかし言うまでもなく監禁罪の場合は、被害者を解放するまで犯罪は「終了」しない。すなわちヘルツの主張する犯罪の「実質的な終了」には至っていないのであり、いわば「既遂状態が継続」<sup>(46)</sup> しているところ解すべきなのである。

また、実行為（例えば殺人行為）の終了から結果発生（例えば被害者の死亡）まで時間的間隔が存在するといった事例は十分考えうる。<sup>(47)</sup> しかしこの場合も、行為の危険性が顕在化するまでに時間が必要となり、最終的な違法性判断が留保されていたにすぎないのであつて、事後的な違法性の変化を認めたことにはならない。<sup>(48)</sup> すなわち、違法性判断の対象を、犯罪後の事情に求めることの根拠づけにはならないのである。

このことは、パウマンが示唆するような、当該構成要件が保護する法益とは異なる法益と事後行為によって再侵害した場合に当該犯罪の違法性が増加することを認める見解にも当てはまる。確かに、実行為の違法性判断に際して、当該構成要件が保護を予定していない法益が意味をもつことはありうる。例えば緊急避難において、実行為によって他の法益が保護された場合には、当該実行為の違法性は阻却されることになる。しかし、このような例を「犯罪後の態度」の場合にまで一般化することは許されないのであろう。個別的な法益侵害の程度を、違法性の程度の「限界」とすることが、罪刑法定主義・行為主義の要請なのであり、「犯罪後の態度」により当該構成要件の保護法益とは異なる法益を侵害したことを理由として違法性の増加を認めることは——事後行為が別罪を構成することもありうるとしても——かような「限界」を逸脱する結果になると解される。

以上のように、ヘルツらの見解は、個別行為に対する評価である違法性判断を、事後行為による法益侵害という事実からも行おうとするものであり、疑問を禁じえない。罪刑法定主義・行為主義を原則とする刑法学の下では、違法性の

程度、そして責任の程度は犯罪の終了と共に確定するのであり、「犯罪後の態度」<sup>(49)</sup>によって影響を受けると考えるべきではないのである。

(4) ポトケは、「犯罪後の態度」を違法論で説明できることの理由として、犯罪論と量刑論とは不法判断の機能が異なる点を挙げていた。そして後者においては、既遂時までにとどまらず公判段階までのすべての事情が違法判断の対象になるとした。しかし、「犯罪の成否」と「刑罰の程度」という両側面において、かように異なる違法性概念を導入することに疑問がある。犯罪の成否と刑罰の程度の問題は常に密接不可分であり、<sup>(50)</sup>仮に両者を異なる違法性概念の下で理解するのならば、例えば違法の軽微性を理由として犯罪の成立を否定する「可罰的違法性」論もその基礎を失うことになる。犯罪論と量刑論における責任概念を異なるものとして把握することに対する疑問は既に指摘した通りであるが、問題は違法性についても同じなのである。<sup>(51)</sup>

## 二 続いて、(ii)の見解を検討する。

(1) 「徴表説」が「犯罪後の態度」を独立した量刑事情として考慮することに反対し、行為時における責任の程度を推論する機能のみをそこに認めた点は、行為責任主義を堅持しようとする理論的努力として確かに評価されよう。しかし、この考え方に対しても次のような疑問がある。

第一に、「犯罪後の態度」を「徴表」として犯罪行為時の責任の程度を推論するということと、(i)の諸見解のように「犯罪後の態度」を独立した責任判断の対象とすることとの間に、果して実質的な差異が存在するのか否かである。例えば、窃盗罪を犯した者が当該財物を損壊して返還を不能にしたという事例において、①「犯罪後の態度」そのものを評価対象として考慮した結果、窃盗行為が重く処罰されたという場合と、②「犯罪後の態度」を「徴表」（＝評価資料）として考慮した結果、窃盗が重く処罰されたという場合とでは、「犯罪後の態度」を根拠として刑が加重された点では何ら

異なるところがない。これは、評価「資料」としての考慮が、評価「対象」としての考慮へと転化する危険性が「徴表説」には内在していることを示すものではないだろうか。我が国の最高裁判例が、「余罪と量刑」の問題について、①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することは許されないが、②量刑のための一情状として余罪を考慮することは必ずしも禁じられるものではないとした点<sup>(52)</sup>に対して、①と②の区別が不分明であるという批判が存在することは周知の通りである。同様の批判は、「徴表説」にも当てはまると言わなければならない。

第二に、そもそも「犯罪後の態度」を「徴表」として考慮すること自体が妥当か否かである。実行行為の評価にあたって——非独立的な一資料としてではあっても——なぜ、犯罪終了後の事情を斟酌することが必要とされるのであろうか。少くとも、犯罪終了後の事情を考慮に入れなければ犯罪行為そのものの責任の程度を判断することが困難である、という事態は想定しがたい。実際にも、例えば犯罪後に損害賠償を行ったから行為時の責任の程度は低く、反対に、犯罪後に損害回復を困難にするような行為を行ったから行為時の責任の程度は高い、といった評価を下すことは、あまりにも擬制的であると言わべきであろう。確かに、実行行為時の「意思」が継続して「犯罪後の態度」に発現するという場合はありえようが、それを「徴表説」といった形で一般化することは妥当ではない。責任判断が「事後的」なものであるにせよ、責任判断の対象を行為時の事情に限定することが、行為責任主義の要請なのである。<sup>(54)</sup>

(2)右に述べた疑問点は、「徴表的構成」を限定的に認めようとするタイプの見解にも妥当する。もつともタイプの見解については、その前提となる「量刑責任」の概念が問題とされなければならない。彼は、「量刑責任」の「結果構成要素」は損害が回復された場合には減少し、損害が悪化された場合には増加すると主張する。この「結果構成要素」<sup>(55)</sup>は、彼自身も述べているように構成要件の結果とは明らかに異なるものである。それはいわば「被害の総体」とも言う

べき「拡大された結果概念」である。しかし、結果概念を拡大し、明らかに構成要件の外部に存在する事情を評価の対象とすることは、罪刑法定主義・行為主義に反する。これは、犯罪論上の「責任」とは区別された「量刑責任」を認めたことに起因するが、それが妥当でないことも既に指摘した通りである。少なくとも、彼が一方では「量刑責任」の「純化」を主張しつつ、他方では「犯罪後の態度」を——しかも「徴表的構成」によらずに——責任判断の対象としていることは、一貫性を欠くと言わなければならない。ツイップは、量刑事情の範囲を限定するためには、「訴訟法的行為概念」、すなわちドイツ刑事訴訟法一五五条一項により被告人に対する刑事手続の対象とされている行為に依拠すべきであると主張するが、右の概念によっても、量刑事情の範囲の「限定」は困難であるだけでなく、むしろそれが「拡大」される危険性さえ存在するのである。

三 我が国において責任判断と「犯罪後の態度」を関連づけようとする見解は、人格責任論の立場から主張されるものであった。前章において述べたように、本稿は責任判断の対象について（個別）行為責任論を妥当なものと解するので、「犯罪後の態度」の基礎づけに関しても、人格責任論による説明に対しては否定的な立場を採ることになる。

我が国では、処断刑形成過程における自首・自白規定の本質に関して、「改悛による責任の事後的減少」という説明が行われることがあった。<sup>(58)</sup>そして、この場合の「責任」は、「犯罪が既遂に達したのちのことであるから、ここに責任というものは、犯罪論における責任そのものではなく、いわば延長線上にあるところの広義のそれを意味する」と指摘されていた。仮にこのような「広義の責任」の事後的変化という論理構造を宣告刑形成過程にも当てはめるならば、「犯罪後の態度」一般について責任判断の対象とすることができるであろう。そして、このような理解は、人格責任論に依拠しなくても可能であるように思われる。しかし、「犯罪論における責任」の他に「広義の責任」概念を取って援用することの理論的・実践的意義は必ずしも明らかではない。確かに、犯罪後の事情を判断対象として「広義の責任」が事

後的に変化しても、「責任」主義あるいは「行為」主義には反しない、とする説明は可能かもしれない。しかし既に指摘したように、<sup>(60)</sup>本来の犯罪論上の概念を拡大することによって、刑法学の基本原則との抵触を解消しようとする方向には疑問があるばかりでなく、そもそも「広義の責任」概念の具体的内容自体も不明である。それはおそらく、「犯罪開始から判決時までの行為に対する非難可能性」とでも言うべきものであるが、そこには既に予防的観点が混入しているのであって、ここで問題としている、量刑において刑罰限定機能を有する「責任」概念と相容れないものであることは明らかである。「行為責任」論の妥当性、そしてそれを量刑論においても一貫させることの重要性を、再度強調しておく必要がある。<sup>(61)</sup>

四 以上の検討から、従来、我が国およびドイツにおいて主張されてきた、「犯罪後の態度」を責任判断の対象に包摂する試みは、いずれも採用し難いことが明らかになったと言えよう。刑法学の基本原則と矛盾することなく、犯罪終了後の事情を行為者の責任を評価する際に考慮しようとする見解には、常に理論構成上の無理が伴うのである。基本原則との矛盾を回避するための最良の途は、「犯罪後の態度」を責任判断の対象から除外することであると云わなければならない。少なくとも、量刑における（消極的）行為責任主義を前提とする限り、「犯罪後の態度」を刑罰の「上限」としての「行為責任」を確定する段階で考慮すべきではないのである。かようにして本稿は、量刑事情としての「犯罪後の態度」は量刑基準における責任判断の対象とはならないと解する。

(41) ベーリングク、シュペンデルの見解については、vgl. Bruns, a. a. O. (Anm. 1) S. 573ff.; Hertz, a. a. O. (Anm. 16) S. 84ff.; Botke, a. a. O. (Anm. 3) S. 672ff. さらに、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(三)」法学研究五五巻一二号(昭和五七年)九二頁以下参照。

- (42) ラングーピンリクセンの見解については、vgl. Bruns, a. a. O. (Ann. 1.) S. 574ff.; Hertz, a. a. O. (Ann. 16.) S. 86ff.; Botke, a. a. O. (Ann. 3.) S. 219ff. さらに、井田・前掲論文(注41)九四頁以下参照。なお、後述するシャフスタインの見解を参照。
- (43) 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)」法学研究五六巻一号(昭和五八年)七五頁参照(もつとも、同「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(五・完)」法学研究五六巻二号(昭和五八年)八一頁以下は、不可罰的事後行為は不法・責任評価の「幅」の中での二次的な判断要素になるとされる)。
- このように解するならば、例えば窃盗罪における「不法領得の意思」の不要説が、使用窃盗(一時使用)の不可罰性を、占有移転後の事情による可罰的違法性の否定という根拠づけに求めることには疑問が残ることになる(林美月子「一時使用」藤木〓板倉(編)前掲書(注40)一五七頁参照)。
- なお、いわゆるマジックホン事件に関する東京高判昭和五八年三月三十一日刑集四〇巻四号三三七頁以下は、危険犯である有線電気通信法(二二一条)違反の罪および偽計業務妨害罪はマジックホンの電話回線に対する取付けによって成立し、その後弁護士に相談して取外したこと、実害額が僅少であることなどは、いずれも犯罪後の情状に関する事項であって行為の違法性を否定するものではないとした。
- (44) ヘルツの見解については、vgl. Botke, a. a. O. (Ann. 3.) S. 676ff.; Günter Stratenwerth, Literaturbericht, ZStW 87, 1975, S. 969ff.; Hans-Jürgen Bruns, Schrifttum, GA 1975, S. 158f.
- (45) 林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学二四巻三〓四号(昭和六三年)一七頁参照。
- (46) 内田文昭『改訂刑法I(総論)』(昭和六一年)一〇九頁。
- (47) 注(40)で紹介した鈴木教授の見解を参照。Vgl. Hertz, a. a. O. (Ann. 16.) S. 92f.
- (48) 井田・前掲論文(注43)七五頁参照。
- (49) Vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., S. 259.
- (50) 井田・前掲論文(注41)一〇三頁以下参照。
- なおヘルツは、「犯罪後の態度」によって責任のみが増加・減少することを認めるが、かような見解が行為主義とどのよう調和するのが明らかでないばかりか、特に責任のみが増加するという論理構造には、「責任は違法を越えてはならない」(内田文昭「違法と責任」中山研一〓西原春夫〓藤木英雄〓宮澤浩一(編)『現代刑法講座・第二巻』(昭和五四年)一

三頁以下、同・前掲書（注46）二一九頁参照」という理解からは、問題が残ろう。

(51) 本稿第三章第五節一参照。

(52) リーディング・ケースとして、最大判昭和四一年七月一三日刑集二〇巻六号六〇九頁。本稿第二章第三節参照。

(53) 例えば、松岡正章『量刑手続法序説』（昭和五〇年）一三五頁以下参照。

(54) 微表説に対する批判として、vgl. Hertz, a. a. O. (Ann. 16) S. 72ff.; Botke, a. a. O. (Ann. 3) S. 664ff.; Frisch, a. a. O. (Ann. 35) S. 779ff. さらに、井田・前掲論文（注41）九九頁以下参照。フリッシュの見解に対する反論として、Hans-Jürgen Bruns, Neues Strafrechtsrecht?, 1988, S. 59ff.

(55) Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Ann. 1) S. 567.

(56) Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Ann. 1) S. 601.

(57) 本稿第三章第五節参照。

(58) 本稿第二節一・二参照。

(59) 団藤重光『刑法綱要各論』（三訂版）（平成二年）一〇五頁。

(60) 本章第二節四参照。

(61) もちろん、公訴時効、あるいは実体刑法上の刑罰消滅事由(Straufhebungsrund)のように、一度発生した刑罰権が事後的に消滅ないし減少するという場合は存在しうる。しかし、それを「責任」の事後的変化という論理で基礎づけるべきではないのである。

なお、本文のように解する場合でも、「行為責任」と予防的考慮が全く無関係であるということにはならない。既に指摘されているように「行為責任を前提としない行動や、行為責任の限度を超える行動を犯罪として、これに刑罰を科しても、それは行為者の意思活動の範囲を超える部分を犯罪とし刑罰を科すことになるから、その刑罰は、行為者本人と社会一般人に対する犯罪予防の継続的な効果をもちえない」（内藤謙『刑法講義総論(下)』（平成三年）七六〇頁）からである。

(二) 予防判断と「犯罪後の態度」

1 従来の見解

一 これまで確認してきたように、「犯罪後の態度」を責任判断の対象として考慮することが適切でないとするれば、それを予防判断の対象として捉えるという方向が考えられる。もっとも、いかなる理由から「犯罪後の態度」を予防判断の対象とすることが可能となるのかという問題については、従来、必ずしも活発な議論が交わされてきたわけではない。いわばそれは当然視されてきたとも言えよう<sup>(62)</sup>。しかし、そこには、より積極的な理論づけが必要となる。予防判断の対象だからという理由であらゆる事情が含まれてよいということにはならないからである。

この関係で——特に本稿の立場からは——検討に値するのが、ドイツおよび我が国において主張されている、「犯罪後の態度」を予防判断の対象としてのみ、あるいはできる限り予防判断の対象として考慮していこうとする諸見解である。これらの見解の多くは、必ずしも「犯罪後の態度」だけを念頭に置いて展開されたものではないが、量刑判断の構造における「犯罪後の態度」の位置づけに関して有益な示唆を与えらると思われる。ここでは、まず責任に相応する刑（の幅）を確定する段階においては、「犯罪後の態度」は原則として考慮に入れられない。責任に相応する刑を前提として、予防的観点から最終刑を導く段階において、「犯罪後の態度」は主要な役割を果たすことになる。もっともその理論づけは、各々の見解により異なっている。以下では、まずドイツにおける学説から概観することにした。

(1) 代表的論者であるシュトラーターテンヴェルト(Gunter Stratenwerth)は、刑法改正第一法律の一三条（＝現四六条。以下四六条と記す）に対する検討の中で、次のように主張する。

通説の理解では、量刑の基礎となる責任、すなわち刑法四六条における「責任」とは「行為責任」であるが、それは

「行為者人格を広く考慮に入れることによつて明らかにされる行為責任」であるとされている。<sup>(63)</sup>従つて、このような考  
え方によれば、責任に相応する刑を明らかにする段階で既に行為者人格に対して全体的評価がなされる。また、予防的  
考慮は、責任に相応する刑が明らかになつた後、これを修正する方向にはたらくことになる。しかしシュトラーターテンヴ  
ェルトは、このような判断構造を疑問視して、以下のように自説を展開する。

まず、責任に相応する刑を明らかにする段階で既に行為者人格に対して全体的評価を行うことについて検討する。例  
えば、行為者の前科・前歴は、通常「犯罪集中性の上昇(Steigerung der kriminellen Intensität)あるいは「高められた法  
敵対性(erhöhte Rechtsfeindschaft)」を示すものとして、責任を重くする要素と考えられているが、実際には、多くの  
累犯者は、意思薄弱あるいは人格負因のために、判決の警告機能(Warnfunktion)に対する感銘力が乏しいのである。  
仮に、前科・前歴から犯罪エネルギーの高さを導き出すことが可能だとしても、犯罪エネルギーが高いということと責  
任が重いということを同視してよいのかは、依然として問題である。このことは、動機、心情、一身の・経済的事情、  
行為に際して向けられた意思、犯罪後の態度などを考慮する場合にも当てはまる。行為責任の評価にあたって、右の点  
を明らかにせずに行為者人格を考慮するならば、現実との関連性を失わせることになる。<sup>(64)</sup>

次に、予防的考慮によつて責任相応刑を修正することについて検討する。これに関しては、特別予防的考慮から責任  
を上回る刑を科すことが認められるか、特に、改善可能な常習犯人に対して再社会化の観点から責任を上回る刑を科し  
てよいのか否かが問題となる。今日においては、機会犯人に対しては短期自由刑を回避するために責任を下回る刑が科  
され得るし、改善不能な者に対しては保安監置が行われているからである。しかし、改善可能な常習犯人に対して、責  
任を上回る刑を科すことは許されない。犯罪社会学は、機会犯人と傾向犯人の区別の相対性を明らかにしており、また、  
「改善」可能性の問題は人格のメルクマールの問題ではなく、その時々々の生活状況すなわち社会的所与——特に行刑の

状況——の問題である。再社会化にとつては、長期の自由刑よりも短期の自由刑の方が効果的であることを今日の行刑の状況は示している。<sup>(65)</sup>

さらに、責任評価と予防評価の関係について検討する。先に述べた通説の考え方によれば、行為者の要素はまず責任評価の段階で考慮され、さらに予防評価の段階でも考慮される。しかし、責任評価と予防評価は逆になることが多く、これでは同一の要素をどのように評価したらよいのかが不明確となる。例えば、責任を重くする要素としての動機・心情が予防評価の上では再犯の危険を示さないとした場合もあれば、責任を軽減するような前歴があつても、再犯は避けられないという場合も考えられるのである。<sup>(66)</sup>

シュトラーターテンヴェルトは、以上のように通説の考え方を批判し、さらに、責任主義が、特別予防的考慮による介入を正当化する法治国家的限界となることを確認したうえで、量刑の基礎となる「責任」から、行為者人格的要素をできるだけ排除し、行為責任として純化すべきことを主張する。従つて、刑法上の価値の段階を決定する犯行の種類・態様・目的・動機・強制状態の存否は行為責任に関係するが、行為者の前科・前歴・危険性・犯罪エネルギー・性格・心情及び犯罪後の態度、とりわけ訴訟中の態度、悔悟、損害賠償は行為責任の判断に際しては考慮されるべきでないことになる。確かに、行為責任に関係するか否かが微妙な要素も存在するが、自由な意思決定にとつて特定の前提条件の存否が問題なのであり、行為が行われた状況のみが責任の量を決めると考えるべきなのである。<sup>(67)</sup>

純化された行為責任が確定され、「幅(Spielraum)」が限定された後は、専ら予防目的を考慮することによつて具体的な刑が導かれる。ここでは、行為責任を確定する際には考慮されなかつた行為者の要素が全面的に関わることになる。まず特別予防の観点からは、再犯の危険が重要な意味をもつ、これが欠ける場合には、多かれ少なかれ象徴的な制裁(eine symbolische Sanktion)で十分であるし、存在する場合には、どのような制裁がより効果的かという観点から、刑

種や刑量、執行猶予の可否などが決定されることになる。行為者人格の調査も重要となるが、それは特別予防への可能性という点においてのみ意味をもつのである。例えば、「徴表的構成」によつて行為時の責任を推認せしめるとされている「犯罪後の態度」も、このような特別予防への可能性に影響をもつかどうかという問題だけに関わるのであつて、今日の実務がこれに重点を置きすぎているのは不合理であろう。以上の特別予防的考慮に対して、一般予防的考慮は修正的にはたらく。その場合に、一般予防の効果は刑法による制裁が事実上行われなるときには確かに縮減されるが、より重い刑が科されることによつて強化されるものでもない、というような経験的知識を当然に顧慮すべきである。<sup>(68)</sup>

以上のようにしてシュトラーターテンヴェルトは、量刑事情を、責任判断に関わるものと予防判断に関わるものと分離し、それによつて量刑の基礎となる「責任」を純粹な「行為責任」として理解しようとする。ここでは、「行為者的要素」である「犯罪後の態度」は、責任判断においては考慮されず、責任の範囲内で予防判断を行う場合にのみ意義を有することになる。<sup>(69)</sup>

(2) シャフスタインも、「犯罪後の態度」を基本的には責任判断の対象から除外し、主として予防判断に関連づけようとする。<sup>(70)</sup>

前章で見たように、<sup>(71)</sup> シャフスタインは「幅の理論」を採用し、その特徴の一つとして、責任概念の負担軽減(Entlastung)、すなわち行為者の危険性ないし再社会化の必要性に関する要素から責任概念を解放するという点を掲げていた。行為責任とは無関係で、行為者人格に関わる事情は、責任の幅を充足する段階においてはじめて、かつその段階でのみ考慮されるべきであると主張したのである。<sup>(72)</sup> さらに彼は次のように述べる。刑法四六条(旧一三条)一項にいう量刑の基礎としての「責任」とは何か。我々は、合目的性の観点を量刑から完全に排除すべきものとは考えていない。しかしそれは、幅の理論によつて責任の範囲内で考慮されるのであるから、「責任」の内容に関して行為者人格の社会

的な全体評価を考へる必要はない。行状責任論も、裁判官に対して、有責的要素と宿命的要素を明確に区別するという不可能な任務を期待することになるから、採用することはできない<sup>(73)</sup>。従つて、四六条一項にいう「責任」の幅を決定するのは個別行為責任である。個別行為責任を構成する要素は、第一に、法益侵害の重大性、法律上規定されている行為態様、特別の義務ある地位などの不法のメルクマールであり、これらは故意・過失による主観化を通じて責任の程度を決定する。第二に行為の動機が、そして第三に行為者の心情が関係する。現行法上の人格関係的な責任阻却ないし軽減事由は、四六条の例外と考へるべきである<sup>(74)</sup>。以上のように解するならば、四六条二項の量刑事情の中で、行為者の前歴・従来の良い行状・前科・受刑歴・犯罪後の態度・悔悟・損害回復は、責任の幅を確定する際には意味をもたず、責任の幅の範囲内で、特別予防の観点から初めて考へられるべきことになる<sup>(75)</sup>。

ただ、シャフスタインは、そのように結論づける前に、ランゲーヒンリクセンらによる主張に対する態度決定をする必要があると指摘する。すなわち、「拡大された行為概念」が「量刑行為(Strafzumessungstat)」を基礎づけるとした場合に、そこに含まれる量刑事情は何かという問題である。彼は次のように述べる。行為の動機と行為態様は、犯罪構成要件の要素ではないが「量刑行為」の責任に関連する要素である。構成要件の実現に時間的に後行する事情も——構成要件が既遂の段階としては「形式的既遂」で足りるとしている場合における行為の実質的既遂を考へるならば——「量刑行為」に含まれ、四六条一項の責任に関連すると解することができる。損害の回復も同様である。しかし、悔悟の有無や被害者に対する卑劣な態度、巧妙に計画された陰險な予備行為が含まれるのかは明らかにされていない。これらは、拡大された行為概念と人格責任の不明確な中間領域に属するのである<sup>(77)</sup>と。

右のようにシャフスタインによれば、「犯罪後の態度」は、基本的には「責任の幅」の範囲内で特別予防的考慮から最終刑を決定する際に意味をもつことになるが、「犯罪後の態度」に属する事情の中で、「量刑行為」に含まれ「責任」

評価に影響を与える要素がなお存在しうることも示唆されている。

(3) 「犯罪後の態度」を主として予防判断の際に考慮しようとする見解の中には、さらに徹底して、それをいわゆる広義の量刑(例えばドイツ刑法四七条による短期自由刑の回避、五六条による保護観察のための刑の執行猶予)の場面に限定して評価する立場がある。既述の「位置価説」からの主張である。<sup>(78)</sup>

「位置価説」によれば、量刑の第一段階、すなわち刑量を決定する段階では、「有責な不法」の程度を刑量(＝刑期)に置き換えることになるため、予防目的は考慮に入れられない。予防目的は、刑事政策的諸規定の適用の有無——例えば、自由刑を科すか罰金刑で代替するのか、あるいは刑を執行猶予するのか否か——を決定する第二段階で専ら考慮されることになる。<sup>(79)</sup>そこで、量刑事情としての「犯罪後の態度」の役割が問題となるが、ホルンは、行為が既遂(Vollendung)に達することによって、刑量を決定する不法と責任の量は確定するから、「犯罪後の態度」はそこに影響を与えることはないとする。但し、①行為遂行の際に行為者が有した犯罪エネルギーの評価およびこれに相応する刑期の決定のための「徴表」として機能したり、②(懲戒処分ないしその他の不利益を受けたことによる)刑の特別な減輕事情として考慮されることはあるとされる。「犯罪後の態度」が特に意味をもつのは、③行為者にとって正しい制裁の態様(Sanktionsart)を選択する場面においてである。すなわち、判決時においても頑固な(versockt)者や犯罪後に新たな犯罪を行った者に対して宣告刑を執行するだけで十分か否か、あるいは悔悟の情を示した(reue)者に対して刑の執行が必要か否か(罰金刑で代替されるべきか)を判断する場合に考慮されるべきだとするのである。<sup>(80)</sup>

このように「位置価説」は、「犯罪後の態度」が考慮される段階を予防判断の場面に求める点ではシュトラーター・ヴェルトらの見解と類似するが、その「予防判断」の内容が、刑事政策的諸規定の適用に限られていない点で異なることになる。

二 我が国においては、この問題についてどのような見解が主張されているであろうか。

(1) まず、平場博士が「黙秘と量刑」の問題に関連して次のように指摘されている<sup>(81)</sup>。

平場博士は、「責任は、個別行為責任であること、かつ刑罰は責任の程度を超えないことが建前でなければならない」が「ただ、責任追究を効果あらしめ、将来の再犯を防止し、社会防衛をはかるためには、責任追究の手段、処遇は行為の特性と行為者人格のいかんにより個別化されなければならない」という視点から、次のように主張される。すなわち、「刑の量は責任において定まり、その処遇の選択は人格によつて決するというのが、刑罰法の基本的立場である」とされるのである。<sup>(82)</sup>

平場博士はさらに次のように続けられる。右のような立場に立つて、行為者の犯罪後の態度、殊に法廷における自白、否認などが刑の決定にどのような影響を与えるかは、自ら明らかである。刑罰の量は責任を超えてはならないし、責任は行為責任主義に固定せられるから、犯罪後の態度いかんによつて刑量が重くなったり軽くなったりすることはない。これに対して処遇のいかんについては、行為者人格のいかんが重要になってくる。しかも、処遇決定については、犯行当時の人格状況にも増して、処遇決定の時における人格状況が重要である。犯罪後の行為者の行動は、「犯罪体験の行為者人格へのはねかえり、それに対する行為者人格の反応」を見る上で意義を有し、殊に人格の動態を重視する立場からは不可欠の資料となる。人格は生来の生物学的人類学的根底の上に社会的環境の下での生活経験の累積によつて形成せられたものであると考えられるため、静的な人格調査のほか動的な生活歴の検討が重要となる。かくして、「犯罪後における状況、刑事手続における反応の仕方が刑の決定において問題になるのは、この面についてであつて、他にはあつてはならない」ことになるのである。<sup>(83)</sup>

ただし平場博士も「犯罪後における被害賠償だけは別個の考慮が必要である」とされる。そこでは、行為から生じた

被害について民事責任を果たしているのであり——民事責任と刑事責任は概念上別であるけれども通算せられうる部分もあるため——民事責任の履行を通じて、刑事責任の一部を果たすと見ることもできる。従って、それにより刑事責任の量に変更を生じることがなくても、刑罰量において軽減することは正当であると主張されるのである。<sup>(84)</sup>

以上のように、平場博士の見解においては「犯罪後の態度」はいずれも刑事責任の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。ただし犯罪後の被害賠償だけは「処遇の選択」のみならず「刑罰量」においても（軽減方向にむかつての）変更を生ぜしめる、ということになる。この「処遇の選択」に際しては、本稿で問題としている「予防判断」が当然関連するものと考えられる。また、「処遇の選択」に何を含まかによつては、先に見たドイツの「位置価説」と親近性をもちうるとも言えよう。もつとも平場博士は、「処遇の選択」の具体的内容を必ずしも明らかにされていない。

(2)次に、西原教授の所説を見てみよう。

西原教授は、既述のように量刑の理論的過程を(1)責任の観点からする量刑と(2)刑事政策的観点からする量刑とに二分されるが、<sup>(85)</sup>(1)は犯罪行為以後の事情にはかかわり合わないが(2)は言い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と述べられ、とくに犯罪行為後の情状の顧慮は、「刑事政策的観点からする量定の独断場である」と主張される。そして、これらの事情に属するもので現在の実務でもつとも重視されるものとして、行為者が真摯に悔悟しているという事情、長年の被告人としての生活ですでに刑罰に匹敵する社会的制裁を受けているという事情、個人法益に対する犯罪の場合に、被害者またはその家族とのあいだに示談が成立しているという事情、犯罪の原因となった事情が除去され、犯罪反復の危険性がなくなったという事情を掲げられている。<sup>(86)</sup>西原教授の指摘される、刑の機能に着目した「刑事政策的観点」の下には多様な内容が含まれるが、「予防判断」もそこに属す

ることになる。<sup>(87)</sup>

西原教授の所説において注目すべきことは、刑の量は責任の程度を越えないという意味での責任主義を維持されつつ「責任の幅」を否定されるので、刑事政策的観点からする量定は、常に減輕方向のものに限定しなければならぬと述べておられる点である。<sup>(88)</sup>従つて「犯罪後の態度」も、刑事政策的観点の下で減輕事情としてのみ考慮されることになるのである。

(3) 浅田教授は、我が国の改正刑法草案四六条に対する批判<sup>(89)</sup>の中で、「犯罪後の態度」に関しても次のように言及されている。

まず、草案説明書が、四八条二項に列挙されている考慮事項のうち多くのものが責任評価に関わるとしていること<sup>(90)</sup>については、それらと第一項との關係を不明にするものであり、「右の事情が第一項の『責任』に影響するものとすると、これらの事情は特別予防および一般予防に關連する事情でもあるとされているのであるから、責任は予防目的によつても決定されるということになり、草案の立場からするかぎり背理に陥らざるをえない」と述べられる。<sup>(91)</sup>そして「列挙事項のうち規範的責任および可罰的責任に關係するものと、量刑上の予防目的に關係するものとを厳密に區別したうえ、後者とは独立に、まず前者の程度を確定すべきことになる」と主張され、その場合「可罰的責任と予防目的との區別が問題になるが、両者は次元を異にしていることに注意を要する」とされる。すなわち「可罰的責任は、責任を確定するための理論であつて、あくまでも行為時における行為者の責任の有無および程度を問題にしているのに対し、予防目的は、ここでは、量刑のための理念であつて、判決言渡時の問題だからであり、」とくに、犯罪後の事情については、それが行為時の責任を判断する材料になることはあつても、さかのほつて行為時の責任を変更するものではないのであり、後者（量刑上）の観点でのみ評価されうることにならう<sup>(92)</sup>と説かれるのである。<sup>(93)</sup>

三 以上、我が国およびドイツにおいて、「犯罪後の態度」を主として予防判断の対象として考慮する見解を概観してきた。

これらの見解の中で、特にドイツの学説の重点は、量刑の基礎となる「責任」を「行為責任」としてできるだけ純化しようという点に置かれていると言えよう。このような立場によれば、「犯罪後の態度」は責任判断の対象から除外され、「行為的要素」が全面的に考慮されうる予防判断の対象へと移行することになるのである。一方、我が国の学説の重点は、むしろ「犯罪後の態度」が予防判断にいかなる影響を与えるのかということに置かれている。刑事政策観点からする量刑は「言い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」という説明や、「処遇決定については、犯行当時の人格状況にも増して、処遇決定の時における人格状況が重要であるといえよう<sup>(95)</sup>」という見解がその例である。量刑事情としての「犯罪後の態度」を責任判断の対象とするのが妥当でないことは、既に確認した通りである。従って本稿の立場にとっても、「犯罪後の態度」を全面的に、あるいは主として予防判断の対象として捉えようとする諸見解には学ぶべき点が多いと考えられる。

ただここで重要なことは、「犯罪後の態度」と予防判断の関連性が、従来の見解では今一つ明確ではなかったという点である。本項の冒頭で述べたように、「犯罪後の態度」がなぜ予防判断に影響を与えるのかは、改めて示される必要がある。「行為責任」に帰属されない事情であるから、あるいは「行為者」に關係する事情であるから「予防」判断の対象としてよい、という説明はあくまでも消極的な理由づけに止まるであろう。また、「犯罪後の態度」を予防判断の対象とする場合でも、それをどの範囲で考慮すべきか、無制限に考慮してよいのかも別個の検討課題となりうる。これらの問題を明らかにすることは、前章で考察した「当為としての量刑基準」をめぐる「量刑における消極的行為責任主義」と予防的考慮の關係を、「犯罪後の態度」という「当為としての量刑事情」にレベルに置き換えて論ずることにも

なると考えられる。そこで、右の点を意識しつつ、項を改めて「犯罪後の態度」と予防判断の関係について検討することにした。

- (62) Maurach = Gössel = Zipf, a. a. O. (Anm. 1) S. 534.; Frisch, a. a. O. (Anm. 35) S. 778f.; Claus Roxin, Prävention und Strafzumessung, in: Wolfgang Frisch und Werner Schmid (hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 202f.
- (63) Günter Stratenwerth, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, S. 15. シェトラーテンヴェルトは、一九六二年草案の準備過程ではE・シエニットによって性格責任論の導入も主張されていたが、一九六九年に成立した新総則は「刑罰」と「処分」の二元主義を採用し、責任相応刑と特別予防的要求が矛盾しうるということを前提としているので性格責任論は当てはまらず、旧法二〇条a (危険な常習犯罪人) が削除されたため行状責任論も妥当しないとする(5. 6)。
- (64) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 62) S. 15-18.
- (65) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 62) S. 19-22.
- (66) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 62) S. 22f.
- (67) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 62) S. 26-31.
- (68) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 62) S. 31f.
- (69) シェトラーテンヴェルトの見解については、阿部純一「刑の量定の基準(下)」法學四一卷三号(昭和五三年)四九頁以下を参照。Vgl. Hans-Jürgen Bruns, *Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht*, in: Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsh, Hans-Ludwig Schreiber, Günter Jakobs und Fritz Loos (hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, S. 752ff.; ders., *JZ* 1972, S. 414f.; Karl Lackner, §13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers? in: *Festschrift für Gallas* (Anm. 8), 1973, S. 117ff.; Christian Schöneborn, *Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung*, *GA* 1975, S. 272ff.
- (70) 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.

- (71) 本稿第三章第四節二注(22)参照。
- (72) Schaffstein, a. a. O. (Anm. 69) S. 107f.
- (73) Schaffstein, a. a. O. (Anm. 69) S. 108f.
- (74) Schaffstein, a. a. O. (Anm. 69) S. 109-112.
- (75) Schaffstein, a. a. O. (Anm. 69) S. 112.
- (76) ここでは、例えば危険犯において実害が発生した場合や、いわゆる「後の行為を目的とする目的犯」において実際にその「後の行為」が行われた場合を指していると考えられよう。
- (77) Schaffstein, a. a. O. (Anm. 69) S. 112ff.
- (78) 「位置備説」については、本稿第三章第四節二を参照。
- (79) Vgl. Eckhard Horn, Wider die „doppelspurige“ Strahlohenzumessung, in: Gerald Grünwald, Olaf Mieke, Hans-Joachim Rudolph und Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 241ff.
- (80) Eckhard Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, AT, 5. Aufl., 1989, §46 Rn. 132.
- (81) 平場安治「黙秘と量刑」法律時報三三八巻七号(昭和四一年)八〇頁以下。
- (82) 平場・前掲論文(注81)八三頁。
- (83) 平場・前掲論文(注81)八三頁。
- (84) 平場・前掲論文(注81)八三頁。
- (85) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)四五四頁以下。本稿第三章第二節一参照。
- (86) 西原・前掲書(注85)四五五―四五六頁。
- (87) 西原教授は「刑罰の機能」として、予防的機能の他に報復感情有和機能・保安的機能・贖罪的機能を挙げておられるので(西原・前掲書(注85)四三六頁以下)、刑事政策的観点からする量刑の段階では、これらの要因も考慮されることになると解される。

- (88) 西原・前掲書(注85) 四五五頁。
- (89) 中義勝Ⅱ吉川経夫Ⅱ中山研一(編)『刑法1総論』(昭和五九年) 一八六頁以下〔浅田和茂執筆〕。
- (90) 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) 一二九頁参照。
- (91) 中Ⅱ吉川Ⅱ中山(編) 前掲書(注89) 一八七頁〔浅田執筆〕。
- (92) 中Ⅱ吉川Ⅱ中山(編) 前掲書(注89) 一八七頁〔浅田執筆〕。
- (93) なお、西村清治判事も、訴訟における被告人の態度に関連して、次のように指摘されている。「今日、刑罰の本質を応報刑としてとらえるか、目的刑としてとらえるかはともかくとしても、刑罰は犯人のした行為がそれ自体に内包する違法性とそれについて彼が非難されるべき事情によって相当な範囲に限定されることになる。その上限および下限(責任の限界)を免脱して科せられてはならないことはもちろんであるが、同時にその責任を効果あらしめるため(犯罪の抑制と犯人の改善更生)には行為の特性と行為者の人格いかんによって個別化したうえ、具体的な量刑がなされなくてはならないことも、また、当然のことである」。そして「この観点から被告人の犯罪後の行動をみてみると、自白や否認それ自体は右に説明した責任を限定するための要素ではないが、それは犯罪体験の行為者自身の人格へのはねかえりであるから、その人格評価の資料としては重視されなくてはならない事柄であり、前記の刑の個別化事由としては当然考えるべき性質のものである」とされる(西村清治「量刑事情」平野龍一Ⅱ松尾浩也(編)『実例法学全集・続刑事訴訟法』(昭和五五年) 一二三頁以下)。
- (94) 西原・前掲書(注84) 四五五頁。
- (95) 平場・前掲論文(注80) 八三頁。

## 2 「犯罪後の態度」と規範意識の確認・強化

一 本稿では既に、量刑における「予防」の内容を、「行為者に対する規範意識の確認・強化」による特別予防として理解した。<sup>(96)</sup> 結論的に述べるならば、「犯罪後の態度」は、予防判断にあたって、「行為者に対する規範意識の確認・強

「化」の必要性を確定するための一資料となりうるが故に、またその限度で考慮することが許される。科刑による行為者に対する規範意識の確認・強化の必要性判断は、現在の行為者に対する刑罰の現実的作用とその効果を重視するものであるから、「責任判断」とは異なつて判決時を基準とした諸事情をその判断基底とすることが可能となるのである。<sup>(97)</sup>従つて、犯罪行為時はもとより、逮捕・起訴・公判を経て判決に至るまでの行為者の行動は、一応、評価資料の範囲に含まれることになると言えよう。もちろん、あらゆる「犯罪後の態度」が予防判断の対象となるわけではない。当該「犯罪後の態度」から規範意識の確認・強化の必要性を判断してよいのか否かに関しては、一定の基準が求められる。それについては後述することにした。

二 右のように理解する限り、「犯罪後の態度」は、予防判断にあつて、加重事情・減輕事情のいずれとしても考慮してよいように思われる。「犯罪後の態度」を評価資料の一つとした結果、当該行為者に対する規範意識を確認・強化する必要性が高いと判断された場合には加重事情として、反対にその必要性が低いと判断された場合には減輕事情として機能するのである。ドイツにおいて「幅の理論」を採用する論者からも、「犯罪後の態度」を特別予防判断に際して顧慮する場合には、責任の幅の範囲内で加重・減輕両方向に作用させるべきことが主張される。例えば、行為者が外部的事情に強制されることなく警察に自首したり、あるいは以前の行動や共犯者との関係を断つたような場合、また、盗品を返還したり被害者に賠償を行ったような場合、その他、犯罪の発覚以前に最終的に合法的態度に戻るようなことをした場合に、責任に見合う範囲で軽い刑が選択されうる。反対に、行為者の犯罪後の態度が、非常に重度の社会化の欠陥(Sozialisationsmangel)を示しているような場合には、責任の幅の中で上限に達する刑が選択される可能性も存在するのである。<sup>(98)</sup>

しかし、ここで問題としなければならないのは、特別予防判断に際して「犯罪後の態度」という量刑事情を——行為

責任の範囲内であるにせよ——より、重い刑を選択する理由として考慮することが許されるのかどうかである。換言すれば、行為責任とは無関係の要素である「犯罪後の態度」を、「予防の必要性」に基づいて行為責任の範囲内で加重方向に作用させることが、本稿の採用する消極的行為責任主義に反しないか否かである。

消極的行為責任主義の本質は、刑罰は行為責任を「前提条件」とし、かつ行為責任を「限界」としてその限度を越えてはならないということにあった。それは、責任主義によって目的主義を制約し、目的主義にも「責任あれば刑罰あり」という積極的責任主義を制約させることにも連なつた。このような立場の下で、「犯罪後の態度」を判断資料とした予防的考慮に基づいて、より重い刑を選択することには、それが行為責任の範囲内である限り、特に問題がないようにも思われる。予防的考慮から必要とされる刑量が、行為責任に見合う刑量を越えていないのであるから、消極的行為責任主義とは矛盾しないと言ひ得るのである。

しかし、右のような状況においては、いわば「量的」に消極的行為責任主義が維持されているに過ぎない。問題は、行為責任とは無関係な要素によつて、刑の加重が行われている点である。消極的行為責任主義を一貫させるならば、それは量刑事情の法的性格のレベルにおいても——本稿はこれを「質的」な問題と呼ぶことにする——維持される必要がある。行為責任とは無関係な要素を判断資料として予防的考慮が行われ、刑が加重されたならば——それが結果的には行為責任の量を越えていないとしても——（行為）責任主義による目的主義の制約が失われていると言わなければならぬ。すなわち、質的には、責任主義が目的主義に譲歩していることになるのである。

このように考えてくると、量刑において消極的行為責任主義を維持するためには、行為責任とは無関係な要素を資料として予判断断を行った場合、それを刑罰加重的・減輕阻止的に考慮すべきではないことになる。換言すれば、行為責任とは無関係な要素に基づく予判断断は、刑罰を減輕する方向でのみ考慮されるのである。従つて、「犯罪後の態度」

に基づく特別予防判断も、行為者の規範意識を確認・強化する必要性がどの程度少ないかという観点から行われるべきなのであつて、かような必要性が「犯罪後の態度」から見ていかに大きいと判断されても、量刑において考慮に入れられてはならない。量刑事情としての「犯罪後の態度」は、予防判断に際して、減輕方向にのみ考慮すべきものと解される。これが「量刑における消極的行為責任主義」からの帰結なのである。

三 それでは、当該行為者が示した「犯罪後の態度」を予防判断における考慮の対象とし、そこから行為者の規範意識を確認・強化する必要性(がどの程度少ないのか)を評価することが許されるのは、どのような場合なのであろうか。

(1) 一般的に言えば、当該行為者が示した「犯罪後の態度」ないし事後行為が外部的事情に起因するものではなく、自発的な意思に基づいたものであること(すなわち「任意性」を備えたものであること)が必要となろう。もつとも、行為の際の意思決定は常に外部的事情との関連において決定され、完全に自発的な意思というものは考え難いとするならば、外部的諸事情を考慮しても、なお自発的な意思によると評価できるかどうかが問題となる。自発性・任意性の有無を判断するにあたつては、事後行為に至る「動機」が重要な要因になると解される。<sup>99)</sup>この場合、規範意識の確認・強化の必要性という観点からは、必ずしも道徳的な悔悟によるものであることは要求されないが、功利的・打算的な理由では充分ではないと考えられよう。少くとも、自己の行った犯罪に対する否定的価値評価に基づくものであることが必要となる。いくつかの具体例によつて検討しよう。

#### ④ 損害賠償

犯罪後に損害を賠償したことが量刑事情となりうることは、既に見た判例・立法例においても具体化されている。学説上は、賠償という客観的事情じたいを重視する立場が多い。例えば平野博士は、被害を賠償したときに刑を軽くすることは「民事と刑事との区別を混同するものではないか」という疑もないではない。とくに応報的な観点からは、せい

せいそれが悔悟による場合だけ、考慮に価するであろう。しかし、刑罰の目的が被害の防止にある以上、動機の如何にかかわらず、犯人が賠償したことを考慮することはさしつかえないであろう<sup>(100)</sup>とされる。また、実務家の立場からは、犯罪類型によって損害賠償の意味が異なつてくるとする見解も主張されている。これによれば、窃盗罪や詐欺罪の場合の被害弁償は「犯罪による被害そのものの回復」という性質をもつのに対して、恐喝罪や強盗罪の場合には財産の侵害に尽きるものではないから被害金額が全額弁償されたとしても評価は異なるとされ、また傷害罪における慰藉料の支払いは犯罪の被害の付随的結果の回復にすぎないからむしろ被害感情の宥和に向けられたものであるとされる<sup>(101)</sup>。さらに、ドイツにおいては、第三者によって損害賠償が行われた場合も——量刑責任の「結果構成要素」が軽減されることになるから——<sup>(102)</sup>量刑上有利に考慮してよいとする見解もある。既に見たオーストリア刑法三四条一四号はこれを減輕事情として規定している。

しかし本稿の立場からは、かような損害賠償という客観的事情じたいよりも、そこから行為者の規範意識を確認・強化する必要性が少ないことを判断できるかどうかの方が重要となる。従つて、どの程度被害が回復されたか、どの犯罪類型における損害賠償であつたかという事情がそのまま量刑上考慮されるのではない。例えば、被害の全部を賠償した場合や、財産犯における損害賠償の方が、被害の一部しか賠償しなかつた場合や、傷害罪における慰藉料の場合よりも当然に有利に扱われることにはならない。当該賠償行為が自発的な意思によるものであるか否かを——特に動機の分析によつて——判断することが必要なであり、損害賠償の程度や犯罪類型はそのための補助的な評価資料となりうるにすぎないのである。<sup>(104)</sup>損害が完全に賠償されていても、罪が軽くなることを期待して行つたり、他人に説得されてやむを得ず行つたりした場合には量刑上考慮することはできない。第三者によつて賠償がなされた場合も同様である。<sup>(105)</sup>ドイツ刑法四六条二項が、損害を回復するための「努力(Bemühen)」と規定していることにも注意すべきであろう。<sup>(106)</sup>

## ⑤ 訴訟中における態度

被告人の訴訟中の態度、特に公判廷における自白・否認が量刑事情となりうることも、我が国およびドイツの判例にあらわれていた。また、諸外国の立法例においても、特に自白を減輕事情として規定しているものが見られた。学説上は、従来主として訴訟法的観点から否定説<sup>(10)</sup>・肯定説<sup>(10)</sup>がそれぞれ有力に展開されてきている。

本稿の立場から考えるならば、訴訟中における被告人の態度から規範意識を確認・強化する必要性が少ないと認められる場合にかような事情を減輕方向に考慮してよいと解されるため、特に自白を中心とした供述態度が対象となる。自白の考慮が、被告人の黙秘権の侵害となつてはならないことは言うまでもない。もつとも、自白はさまざまな動機からなされるため、ここでもその分析が重要となるのであり、自白したことが直ちに量刑上考慮されると解するべきではない<sup>(11)</sup>。訴訟技術的な理由のために自白する場合（例えば軽い犯罪事実について自白しておいて後になって重い犯罪事実を否認しその罪を免れようとする場合<sup>(12)</sup>）はもちろん、決定的な証拠を提示されてやむを得ず自白する場合も、規範意識を確認・強化する必要性が少ないとは言えないから、減輕事情とはならない。

## ⑥ 既遂後の「中止」行為

行為者が既遂後にさまざまな形で、発生した結果を除去しようとしたり、その拡大を防止しようとする措置を講ずる場合がある。例えば、窃盜行為を行った者が盗品を返還したり、傷害行為を行った者が被害者の救護に努めたり、放火行為を行い既遂へと至らしめた者が消火活動に協力したりするような場合である<sup>(13)</sup>。これらについても、規範意識を確認・強化する必要性が少なくと判断されるときには減輕事情とすることができよう<sup>(14)</sup>。

なお「既遂後」の中止行為ではないが、未遂段階で中止行為を行ったにもかかわらず結果が発生した場合（いわゆる「準中止未遂」）においても——既遂に達した以上は中止未遂規定の適用は認められないとしても——既述の観点から減

軽事情として考慮することが可能となろう。

④その他

以上のほかにも、行為者が自ら犯罪の原因を除去すべく努力した場合（アルコールや麻薬中毒の治療に専念したような場合<sup>(17)</sup>）や長年の被告人としての生活で既に刑罰に匹敵する社会的制裁を受けていると認められる場合<sup>(18)</sup>、例えば、自ら進んで辞職している場合など多くの減軽事情となりうるものが考えられるが、いずれも当該行為者の規範意識を確認・強化する必要性という観点から判断されるべきである。

さらに、本来は処断刑形成過程において考慮される自首・自白・解放行為が、法の規定する要件を充足しなかった場合（例えば「官憲発覚後」の申告・「裁判確定後」の自白・「公訴提起後」の解放行為など）も、宣告刑形成過程における減軽事情としての「犯罪後の態度」に含めることができよう。

(2) 以上に対し、従来、判例および学説において刑を加重する方向に考慮されてきた「犯罪後の態度」——公判廷における否認ないし反抗的な供述態度・盗品の隠匿ないし損壊・新たな犯罪の開始など——は、本稿の立場からは、すべて量刑事情に含めるべきではないと解される<sup>(19)</sup>。

右の帰結は、裁判上の加重事由においても具体化されるべきである。すなわち、例えば「情状」により懲役と罰金を併科すべきことが規定されている場合（商法四九二条・有限会社法八〇条・森林法二二二条など）、この「情状」に「犯罪後の態度」を含めるべきではないのである。この「情状」について既に団藤博士が「犯罪そのものの情状で、犯罪後の状況を含まないものと解する」とされ「犯罪後に生じた事由を加重原因とすることは、罪刑法定主義の本旨からいっておそらく許されないであろう<sup>(20)</sup>」と述べておられるのは、きわめて示唆的であると言わなければならない。

(96) 本稿第三章第五節一参照。

(97) Vgl. Maurach = Gossel = Ziplf. a. a. O. (Anm. 1) S. 534, 538.

(98) Roxin, a. a. O. (Anm. 62) S. 202f.

(99) Vgl. Bottke, a. a. O. (Anm. 3) S. 685f.

この問題としている自発性(任意性)は、中止未遂(刑法四三条但書)の成立要件としての「自己ノ意思ニ因リ」の意義の問題とは次元を異にする。後者は、処断刑形成過程において、当該中止行為が法の掲げる要件に合致するか否かという類型的判断(本章第二節四参照)であることに注意しなければならない。なお、前田雅英『刑法総論講義』(昭和六三年)一九四—一九三頁参照。

(100) 平野龍一『矯正保護法』(昭和三八年)三七頁。

(101) 小田健二「裁判所からみた情状と量刑」自由と正義一九卷六号(昭和五三年)三八—三九頁。

(102) Vgl. Maurach = Gossel = Ziplf. a. a. O. (Anm. 1) S. 612. x<sup>o</sup>に、川崎一夫『体系的量刑論』(平成三年)一三五頁以下参照。

これに反対する見解として、vgl. Schönke = Schröder = Stree, a. a. O. (Anm. 1) §46 Rn. 40.

(103) 本章第三節一(三)注(33)参照。

(104) Vgl. Bottke, a. a. O. (Anm. 3) S. 685f.

(105) もちろん、損害賠償を量刑上の考慮に止めず——近年主張されているように——より広範に刑事司法システムの中に位置づけ、例えば刑罰ないし固有の(新たな)制裁として把握する必要性の有無については、別個に検討しなければならない。この問題に関しては多くの文献があるが、ここでは高橋則夫「刑法における損害回復——刑法理論的・解釈論的アプローチ」刑法雑誌三三卷三号(平成四年)一五頁以下、佐伯仁志「刑罰としての損害賠償」内藤謙||松尾浩也||田宮裕||芝原邦爾(編)『平野龍一先生古稀記念論文集・下巻』(平成三年)八五頁以下などを参照。

(106) 交通事犯などにおいて問題となる示談についても、それを成立させようとする被告人の努力を減輕事情として評価することが可能となる。なお、三井教授は、示談を被害者救済という点から量刑上考慮することに対して、かような「目的達成のために、量刑が政策的に決められるのであれば、それは責任主義を基盤におく量刑の基本的あり方を歪めてしまう。被害者救済はあくまでも民事上の問題であってしかるべくその方面での救済制度・方策の充実を企図するのが先決である」

として、量刑に本来的機能を越えた役割を担わせてはならないという意味での「量刑機能の純化」を主張されている(三井誠「量刑と示談」ジュリスト総合特集「交通事故」(昭和五二年)二八五頁)。なお、所一彦、前田俊郎「刑事事件処理と損害賠償」ジュリスト四九九号(昭和四七年)二一八頁参照。

(107) 否定説の代表的論者である佐伯博士は①「白または否認が量刑理由になり得るといふ一般的な状態をそれ自体によって、白を余儀なくされるのが現実であり、それによつて憲法の保障する供述の自由が剝奪される②公判廷における被告人の態度からその対社会的態度を判断し人格を評価するとしても、人格の評価方法としては極めて不完全なものであり、他にいくらかの方法があるのであるから、白や否認を量刑に考慮する理由にはならない③裁判は感情や好悪によつて行われなくてはならず、法律と証拠による裁判を保障するためにも公判廷における態度を考慮してはならない、という論拠を掲げられる(佐伯千仞「量刑理由としての白と否認」団藤重光、平場安治、鴨良弼(編)『木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題(下)』(昭和三三年)九八七頁以下)。その後も久岡教授によつて④被告人の訴訟中の態度を考慮した量刑は、その態度の意味を争う機会、防御の機会が被告人に与えられていない量刑になつて、不意打ちにならないか⑤訴訟当事者としての被告人の地位と矛盾しないか⑥仮に白だけを軽い量刑事情と考へるにしても以上の事実は変わらないし、悔悟のあることが軽い量刑に作用しているのであつて、悔悟のないことが重い量刑に作用するのをとどめていただけでないとは、必ずしも言い切れないのではないか、という疑問が提起されている(久岡康成「量刑」ジュリスト五〇〇号(昭和四七号)四五〇頁)。

(108) 肯定説の側からは①刑罰その他の手段で供述を強要することを禁止することが黙秘権の効果であるから、供述した被告人と黙秘している被告人を、量刑上等しく扱わなければならないということと黙秘権の内容と理解するのは困難であり、むしろ、実体上の量刑基準として、犯罪後の状況について顧慮すること、とくに犯人が犯罪を悔悟しているかどうかを考慮することは合理的なものであり、犯行の供述が多くの場合改悛・悔悟を示すものであることは、すでに一般にも認められている(田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」日本刑法学会(編)『刑事訴訟法講座・第一卷』(昭和三八年)八五頁)②責任の有無や大小だけでなく処遇の選択のために、被告人の訴訟追行の態度から、合理的に推認できる被告人の人格を考慮することは不十分な面はあるが直接主義の立場から必要であり、被告人の訴訟追行の自由を奪うほどではない(平場・前掲論文(注80)八三頁以下)③刑法典における自首・白などの減免規定が有する政策的意義を肯定するかぎり、訴訟

中の自由にも意味を認めるべきである(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』(昭和四十六年)三三七頁)④全体としての刑事訴訟制度を迅速円滑に運用するために、とくに軽い罪について、自由者の刑を軽くし、その反面否認者の刑を重くすることは、ただちに排斥すべきことではない(平野・前掲書(注99)三七頁)といった見解が示されている(なお西村・前掲論文(注92)二五三頁以下参照)。

- (109) ドイツにおいても、かつてラートブルッフが否定説に立ち、自由または否認を考慮することは實際上被告人に対し許されない供述強制を加え、訴訟法上の供述の自由を害する結果となると主張した(Gustav Radbruch, Grenzen der Kriminalpolizei, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 121ff.)これに対してE・シュミットは「自由または否認が量刑における「誤謬の原因(Eehlerquelle)」となる危険を認めつつも、全面的にこれを否定するのは行き過ぎであり、裁判官が自由や否認の動機を説明することができ、かつその際に自由や否認が社会の要素に対する行為者の性格的徴表と認められるときには量刑事情としてよくとした(Eberhard Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafbuch, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, 1954, S. 27)」。現在でも「既述のように通説的見解は「徴表説」に依拠しつつ、自由や否認それ自体を加重・減輕事情とするのではなく、行為者の責任および危険性の程度を推論できる場合に量刑上考慮してよいとする(Bruns, a. O. (Ann. 1) S. 591 ff.)。シュミットホイザーは、訴訟中の態度を考慮することとは被告人に対する不当な潜在的抑圧になるとして、そこから被告人に有利な予後が推論される場合にのみ考慮すべきもとのとする(Schmidhäuser, a. O. (Ann. 8) S. 799)」。Vgl. Werner Schmidt-Hieber, Der strafprozessuale Vergleich — eine illegale Kungelei?, StrVert 1986, S. 355ff.; Gerald Grünwald, Menschenrechte im Strafprozess, StrVert 1987, S. 453ff.; Martin Niemöller, Absprachen im Strafprozess, StrVert 1990, S. 34ff.; Friedrich Dencker, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht, ZStW 102, 1990, S. 51ff. なお、武安将光「刑の量定と犯行の否認」ジュリスト二二三号(昭和三十六年)三四頁以下、グンター・ブルツト〔井田良一山名京子共訳〕「自由と刑事司法システム」法学研究六五巻一〇号(平成四年)一一九頁以下参照。

(110) Vgl. Botke, a. O. (Ann. 3) S. 685ff. ならびに、川崎一夫『体系的量刑論』(平成三年)二三七頁以下参照。

(111) 熊谷弘「刑事裁判の量刑」自由と正義二九巻六号(昭和五三年)三二頁、西村・前掲論文(注92)二四四頁参照。

(112) Vgl. OLG Celle HR 1933, Nr. 1985.

- (113) Vgl. BGH MDR 1966. S. 727.
- (114) もっとも、これらの場合においては、結果の除去・拡大防止が現実に達成されたことは必要ではないと解されよう。
- (115) なお、これらの諸事情の類型化に際しては、ドイツ刑法における「有効な悔悟」(valige Reue)」の諸規定が参考となる。本章第二節四注(69)参照。
- (116) なお、香川達夫『中止未遂の法的性格』(昭和三八年)二二三頁以下参照。
- (117) Vgl. Schönke=Schröder=Stree, a. a. O. (Anm. 1) §46 Rn. 39.
- (118) 西原・前掲書(注84)四五六頁、大阪地判昭和三五年一月二十八日下刑集二卷一一二二二四一四五七頁参照。なお、本稿で問題としている「犯罪後の態度」には、被害感情の宥和・社会状況の推移・手続の遅延ないし違法といった事情が当然に含まれるわけではない。ここでは、行為者に対する特別予防の必要性判断に資する要因の存否が重要な意味をもつのである(その意味では、我が国の刑事訴訟法二四八条にいう「犯罪後の情況」の方が広い概念であると言えよう)。この点につき、指宿信二『城下裕二』「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」判タ八一九号五〇頁以下参照。
- (119) 従って、刑事訴訟法三九三条二項における「第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼす情状」についても、被告人に有利な情状だけが含まれると解するべきであろう。
- (120) 団藤・前掲書(注37)五二四頁。

## 第五章 総括と展望

(1) 本稿における以上の検討を、総括的に要約しよう。

第一章では、本稿の第一の目的として、従来我が国の刑法学において必ずしも十分に顧慮されてこなかった「当為としての量刑基準」の問題を検討することを掲げた。さらに第二の目的として、かような基準による評価の対象とすべき「当為としての量刑事情」を、特に「犯罪後の態度」に焦点をあてて考察することを明らかにした。その際、実際に導かれた諸帰結が、罪刑法定主義・行為主義・責任主義といった刑法学の諸原則と矛盾することなく説明できることの重要性を指摘した。

第二章では、「量刑」・「量刑基準」・「量刑事情」といった諸概念の意義を、ドイツにおける見解を参照しつつ、改めて確認した。その上で、量刑基準・量刑事情についての各国の立法例および我が国の判例を概観した。

第三章では、「当為としての量刑基準」を考察するにあたって、まず刑罰理論における「刑罰の正当化根拠」をめぐる議論から出発し、それと並行して量刑における「責任主義」の意義を説明していくこと、換言すれば量刑における「責任」と「予防」（「責任主義」と「目的主義（＝予防的考慮）」の内容をいかに構成し、関連づけていくべきかという問題を検討していくことの意義を指摘した（第一節）。次に、我が国における刑罰理論の状況を概観し（第二節）、改正刑法草案および準備草案の量刑基準とそれに対する学説の反応を紹介した（第三節）。さらに、我が国の草案と学説に強い影響を与えてきたドイツにおける理論状況、特に、いわゆる「幅の理論」を中心とする諸見解を整理した（第四節）。以上のことを前提とした上で、量刑における「責任」と「予防」の関係を検討し、消極的行為責任主義の妥当性、およ

び行為者に対する規範意識の確認・強化という意味での特別予防を量刑上考慮することの重要性を確認しつつ、「当為としての量刑基準」に関する一つの試論を展開した。ここでは、当該犯罪行為に対する「行為責任」の量（程度）を「上限」として、特別予防的考慮の必要性に応じて最終刑を決定するべきであるという判断構造が示された（第五節）。

第四章では、「犯罪後の態度」に焦点をあてて「当為としての量刑事情」を検討した。まず、量刑における「犯罪後の態度」の諸相を概観し（第一節）、最初に処断刑形成過程における「犯罪後の態度」の意義と機能を考察することにした（第二節）。自首・自白・被拐取者の解放という諸規定の本質に関する学説を検討し（一―二）、結論としてこれらの規定においては一般予防的考慮に基づき刑の減免という「処罰の寛大化」が要請されるが、減免が任意的な場合には、次に述べる宣告刑形成過程における「犯罪後の態度」の判断構造が当てはまることが明らかになった（四）。そこで、宣告刑形成過程における「犯罪後の態度」の意義と機能を考察することになる（第三節）。まず、諸草案・立法例および判例を概観し（一―二）、前章で示した「当為としての量刑基準」において「犯罪後の態度」が責任判断・予防判断のいずれに対して影響を与えるのかという観点からの検討を行った（三）。「犯罪後の態度」を責任判断の対象としようとする諸学説は多岐にわたるが、どの見解も刑法学の基本原則と矛盾せずに自説を維持するのが困難であるということが明らかにされた。そして本稿の立場からは、「犯罪後の態度」を予防判断の対象としてのみ把握するという方向が採られるべきことになった。すなわち、前章で確認した「予防」の内容からすれば、「犯罪後の態度」も、行為者の規範意識を確認・強化する必要性の判断資料となりうるかぎり、予防判断の対象とすることができるのである。そしてさらに、本稿の採用する消極的的行為責任主義の下では、「犯罪後の態度」は減輕事情としてのみ考慮すべきものと結論づけられた。

(2) 以上が本稿の要約であるが、これまでの考察では——第一章においても確認したように——「当為としての量刑

基準」に關しては責任主義と予防的考慮の調和を、また「當為としての量刑事情」に關しては刑法上の諸原則と各々の理論との調和を、それぞれ規座に据えてきた。そして、その「調和」のための原理が「量刑における消極的行為責任主義」なのであった。従来、この原理は、主として「當為としての量刑基準」の検討にとつて意味をもつものとされてきたのであるが、そこで考慮されるべき「量刑事情」の確定に際しても重要な役割を果たすのである。特に本稿においては、それが「質的」に理解されることによつて、量刑事情の評価方向を決定する場合にも指導的原理となりうる。ことが明らかになつたと言えよう。

同時に本稿では、責任の「基礎」（＝責任判断の対象）に關する「行為責任」論が、我が国およびドイツにおける多数説とされているにもかかわらず、量刑論の領域では必ずしも貫徹されていないことを——「量刑の基礎」としての「責任」の意義、「犯罪後の態度」を責任判断の対象にしようとする諸見解の検討を通して——指摘し、それを是正していくための一つの方途を示しえたのではないかと思われる。

(3) もつとも、本稿は「犯罪後の態度」という量刑事情を一つの「素材」として考察を行つてきたにすぎない。第三章で提示した「當為としての量刑基準」に關する本稿の立場をより實質的なものとするためには、さらに他のさまざまな量刑事情（特に従来その実体が必ずしも十分に検討されてこなかつた犯罪の「社会的影響」・犯人の「経歴」・環境」など）について、その意義と機能を説明していく必要がある<sup>(1)</sup>。その際、本稿の立場から重要となるのは、やはりそれらの諸事情が、責任判断の対象となるのか、あるいは予防判断の対象となるのかといった観点から、厳密な分析を行つていくことであると考えられる。その帰結が、刑法学における基本原則と矛盾せずに維持できるものでなければならぬことは当然である。同時に、各々の量刑事情が減輕事情として作用するのか、あるいは加重事情にもなりうるのかという評価方向の問題も明らかにされる必要がある。さらに、個々の量刑事情相互の關係（ドイツ刑法四六条二項前段に

いう「比較衡量」<sup>(3)</sup>、および量刑事情の「数量化」——すなわち当該量刑事情を刑量へと轉換すること<sup>(4)</sup>——についても検討すべきことになろう。

また、本稿では、刑罰の正当化根拠や「予防」の内容など、それ自体極めて深遠かつ重大な刑法学上の諸問題について、量刑論と関連する限りで考察してきた。従って、これらの問題については、今後もさらに広い視野に立つて検討を重ねていかなければならない。特に本稿では、量刑における「予防」の内容として、行為者の再社会化（社会復帰）という意味での特別予防を重視したが、周知のように近年、欧米を中心に社会復帰行刑ないし処遇行刑が「衰退」<sup>(5)</sup>していると指摘されることがある。もつとも、その真の評価についてはより立ち入った考察が必要であるように思われ、少なくとも我が国における「あるべき量刑基準」の構築にあたっては、右に述べた意味での特別予防的観点は未だに重要性を失っていないと解する。この点は、「量刑における特別予防」と「行刑における特別予防」の関係をどのように捉えるかといった角度からも考えられるべきであろう。<sup>(7)</sup>

さらに、本稿におけるような検討から導かれた帰結を、量刑基準に関する実証的研究、すなわち「存在としての量刑基準」<sup>(8)</sup>の研究にどのように関連させていくべきかも問題になる。第一章で述べたように、我が国における量刑研究は、実証的方法によっていわゆる「量刑相場」を明らかにすることが中心となってきた。しかし従来の実証的研究では、「実務の大勢をもつとも正しい規範として受容すべき理由は、示されていない」<sup>(9)</sup>ことも確かであり、また、「量刑相場」の範囲内であれば常に「正しい」量刑であるということにはならない。通常第一審における自白事件の割合の高さ、控訴審における控訴理由および破棄理由としての「量刑不当」の割合の高さを引用するまでもなく、我が国では量刑問題が被告人にとっては最大の関心事なのであり、それだけに量刑に客観的合理性を備えさせる必要性は大きい。この点で「当為としての量刑基準（ないし量刑事情）」の研究成果を実証的研究にフィードバックさせ、現実の量刑を合理化して

いくことは極めて重要であると考えられる。一方、上述した量刑事情の「数量化」、あるいは予防目的に資する刑量の具体化にとつては、実証的研究からの成果が大きな役割を果たすことは言うまでもない。

もとより量刑論は、刑法学のみならず、刑事訴訟法学・刑事政策学・犯罪学・犯罪社会学などの隣接諸領域との有機的関連の下に考察されるべきものである。量刑基準ないし量刑事情についても、かような観点から研究を深化させていくことが不可欠である<sup>(11)</sup>。

以上の点を今後の課題としつつ、本稿における検討を終えることにしたい。

(1) 川崎一夫『体系的量刑論』(平成三年)一一一頁以下参照。最近の研究として、岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(一)(二・完)」早稲田法学六八巻三・四号(平成五年)七七頁以下、同六八巻一号(平成五年)一一頁以下が注目される。

(2) この問題に関する近時の論稿として、林美月子「量刑事情と評価方向——『刑を重くする事情の不存在』に関するドイツの議論——」神奈川法学二七巻二―三号(平成四年)一三五頁以下がある。Vgl. Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 613ff.

(3) Bruns, a. a. O. (Anm. 1) S. 640ff.

(4) Bruns, a. a. O. (Anm. 1) S. 643f. Vgl. Winfried Hassemer, Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, ZStW 90, 1988, S. 64ff. (翻訳として、岡上雅美訳「量刑決定の定式化」ヴィンフリート・ハッセマー〔堀内捷三編訳〕『現代刑法体系的基礎理論』(平成三年)一四一頁以下)。

(5) 本稿第二章第二節注(39)に掲げた文献を参照。

(6) 宮澤浩一「刑罰思想の発展と動揺」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7・犯罪者の社会復帰』(昭和五七年)三頁以下、吉田敏雄『刑罰の理論』(昭和六二年)二七六頁参照。Vgl. Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1992, S. 38f.

- (7) ユルゲン・パウマン(萩原由美恵訳)「量刑とその執行への影響」警察研究六〇巻五号(平成元年)四〇頁以下参照。
- (8) 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。最近の論稿として、吉野絹子「量刑とその予測」木下富雄(編)『法の行動科学』(平成三年)一六一頁以下。
- なお、本稿で問題とした量刑事情としての「犯罪後の態度」に関する実証的研究として、服部朗「責任」の解消過程——事後情状調査とその結果」石村善助(編)『責任と罰の意識構造』(昭和六一年)二八三頁以下、同「赦し」の社会学の提案——脱ラベリング論への視点との関連で——」犯罪社会学研究九号(昭和五九年)一一九頁以下参照。
- 起訴猶予の基準としての「犯罪後の態度」について、三井誠「検察官の起訴猶予裁量(4)——その歴史のおよび実証的研究」法学協会雑誌九一巻一一号(昭和四九年)一六九三頁以下。
- (9) 宮澤節生「刑事司法の機能分析(1) 法社会学的アプローチ」宮澤浩一(編)『藤本哲也』講義 刑事政策』(昭和五九年)三九九頁。
- (10) 例えば、平成三年度の通常第一審における終局人員について自白事件の占める割合は九一・八%、また控訴審における終局人員について「量刑不当」を理由とするものが被告人による申立てでは七四・八%、検察官による申立てでは三四・二%である。さらに、控訴審における終局人員について原判決が破棄されたもののうち「量刑不当」によるものが二四・九%である(最高裁判所事務総局刑事局「平成三年における刑事事件の概況(上)」法曹時報四五巻二号(平成五年)一一二〇頁以下、二二八頁以下参照)。
- (11) 主として手続法的視点から量刑論を検討したものととして、松岡正章「量刑手続法序説」(昭和五〇年)一頁以下、鈴木義男「量刑の審査」熊谷弘(編)『松尾浩也』佐々木史朗(編)『公判法体系Ⅳ・上訴』(昭和五〇年)一五一頁以下、岡部泰昌「量刑手続に関する序論的考察(上)(中)(下)」犯罪と非行二八号(昭和五一年)五九頁以下、同二九号(昭和五一年)一七頁以下、同三一号(昭和五二年)四四頁以下、松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦(編)『佐々木史朗』西原春夫(編)『松尾浩也』現代刑罰法大系6・刑事手続Ⅱ』(昭和五七年)一四五頁以下、大野平吉「刑の量定手続序説」朝倉京一(編)『阿部純』下村康正(編)『森下忠』八木國之先生古稀祝賀論文集・刑事法学の現代的展開・上巻』(平成四年)五三六頁以下など。犯罪学と量刑論の關係について、vgl. Rainhart Maurach = Karl Heinz Gössel = Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2.7. Aufl., 1989, S. 597f.

## 〔後記〕

本稿は、北海道大学法学部に提出した学位請求論文「量刑基準の研究——量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に——」(平成二年三月二四日授与)に基づいている。公表するにあたり、部分的な加除および修正を行ったほか、その後入手しえた若干の文献を補充した。

なお、本稿の要旨については、平成五年五月二三日に関西学院大学で開催された日本刑法学会第七一回大会において研究報告を行った。貴重な御教示を頂いた諸先生方に、厚く御礼を申し上げたい。

**Untersuchungen über die Grundsätze der Strafzumessung (4)**  
**— 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  
(soweit im 5. Heft des 43. Bands)
- V. „Schuld“ und „Prävention“ in der Strafzumessung

§4 Strafzumessungstatsache als Sollen

— insbesondere zum „Verhalten nach der Tat“ —

- I. Überblick
- II. Das „Verhalten nach der Tat“ in der gesetzlichen Strafbemessung  
(soweit im 2. Heft des 44. Bands)
- III. Das „Verhalten nach der Tat“ in der richterlichen Strafzumessung
  - 1. Die historische Entwicklung

---

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

- (1) Entwürfe in Japan
  - (2) Entwürfe in BRD
  - (3) Ausländische Strafrechten
2. Die Rechtsprechung
- (1) Die Rechtsprechung in Japan
  - (2) Die Rechtsprechung in BRD
3. Die theoretischen Grundlagen des „Verhaltens nach der Tat“
- (1) Die Schuldwertung und das „Verhalten nach der Tat“
  - (2) Die Präventionsentscheidung und das „Verhalten nach der Tat“
- § 5 Zusammenfassung (in diesem Heft)