



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑の権衡論について
Author(s)	小暮, 得雄; KOGURE, Tokuo
Citation	北大法学論集, 14(1), 39-65
Issue Date	1963-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16024
Type	departmental bulletin paper
File Information	14(1)_p39-65.pdf



刑の権衡論について

小 暮 得 雄

目 次

- 刑の権衡論について
- 第一節 緒 言
- 第二節 刑の権衡論の態様
- 第三節 罪刑の均衡と刑の権衡
- 第四節 若干の問題の検討
- あとがき

第一節 緒 言

刑罰は犯罪の法的効果であり、刑罰をはなれて犯罪はありえない。しかも犯罪と刑罰とは適正な均衡を保つことが必要とされる。いわゆる罪刑の均衡はひいて刑の権衡につながる。現行法上、犯罪の成立を論ずるにあたり、しばしば刑の権衡が援用されるのもまた故なしとしないである。

ここに刑の権衡論とは、刑罰のつりあいが採れるかどうかを根拠にして、総則規定の適用を論じ、あるいは個々の

犯罪の成立要件を吟味する一連の議論をいう。たとえば、錯誤論において抽象的符合説を支える有力な論拠はこの意味での刑の権衡論であり、予備罪における中止未遂例の準用という問題もほかならぬ刑の権衡論を機縁として出てくる。あるいは、強盗殺人が殺害の故意をとまらうばあいの擬律とか、いわゆる封印在中物の領得行為をめぐる擬律といった周知の問題も、刑の権衡の問題を内包し、これと不可分に論じられるのをつねとしている。そのほか、現行法のもとで刑の権衡が立論される例は少なくないが、それらの例を通じて、刑のバランスを問うこと自体に意味があるわけではないから、それが多かれ少なかれ立法論上ないし解釈論上の主張と結びつく性質のものであることは当然といわなければならない。

ところで、私見によれば、学説はその際、むしろ安易に、刑の権衡論を万能薬としてかざしてきた傾きがある。とくに、ある理論なり概念を適用した結果、刑の不権衡を生じたばあい、さかのぼって理論ないし概念そのものを動かすという方向において。しかし、かように刑の権衡を拠りどころとして一定の理論的主張を支えるという態度は、はたして無制約に維持されてよいであろうか。まずは、刑の権衡論の意義とその成りたつ根拠を明らかにし、あらためて個々の権衡論の当否を吟味する必要があるのではないか。これがこの小稿の素朴な問題意識である。⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾

(1) 学説上随処に散見されるこれら権衡論の詳細については次節ないし第四節参照。

(2) 問題の背景は、ひろくふかく、歴史的・政策的ないし解釈技術的なひろがりやと奥ゆきともっている。その本格的な掘り下げはいま、この小稿の到底およぶところではない。おそらくは、わずかに問題の所在を指示するにとどまるであろう。

(3) なお、単にことばの問題として「刑の権衡論」はすなわち、刑の不権衡を指摘しその権衡の回復をはかる議論にはかならないから、その意味で「刑の不権衡論」と同義である。

第二節 刑の権衡論の態様

いま、現行刑法について、刑の権衡・不権衡が論じられる諸例を通観するとき、そこにいくつかの類型を分けることができよう。

(一) まず、たとえば、短期五年の懲役から死刑にわたる現住建造物放火罪の刑が、消防技術の進歩や可燃性家屋の増加など、文化の現状に照らして重きに失するといった形で展開される権衡論⁽¹⁾がある。これはある特定の刑罰規定に即して刑の不権衡を説くもので、とくに較量の対象をもたないそれ自体としての権衡論、いわば絶対的権衡論とも呼ぶべきであらう。他との関係を含まない単純な罪刑の均衡を刑の権衡の範疇に加えるのは矛盾した扱えかたのようでもあるが、他罪とのバランスが保たれているかぎりは一般的な刑罰体系における立法主義としての刑の寛嚴の問題を生ずるにとどまり、特定の刑罰規定のみについて罪刑の不均衡が鋭く意識されることはないから、このばあいにも、潜在的には、他のすべての犯罪—刑罰との比較においてことが論じられているものと見て妨げないのである。その意味で、広義には、刑の権衡論の一態に算えてよいであらう。

(二) ついで、他の類似する犯罪、あるいは対応関係にある犯罪との比較において刑の軽重を論ずる本来の権衡論がある。かりにこれを相対的権衡論と呼ぼう。相対的権衡論にも種々の態様が分かれたる。

(1) 二つまたはそれ以上の構成要件について単純に刑罰のつりあいを論ずるばあい。たとえば内乱罪^(刑法第七七条)の処罰は首魁ですら死刑または無期禁錮であるが、これを強盜致死罪^(刑法第二四〇条後段)や尊属殺人罪^(刑法第二〇〇条)の刑と較べるとき、国家秩序の破壊・変革を志向する者に対して、現行法は不当に寛容で権衡を失するのではないかといった議論がこれ

である。尊属殺人罪の刑が通常殺人罪の刑に較べてバランスを欠き事案の具体的妥当性を害することはなほだしとの批判、たとえば傷害罪と窃盗罪とを対照するとき人身に対する罪への科刑が財産罪のそれに比し軽きにすぎるとの立言、などもこれに属する。前述のように、絶対的権衡論もまた、潜在的には、ひろくその他の犯罪—刑罰との較量において成りたっているものと見てよいとすれば、この種の権衡論との隔りは、じつは、比較の対象が意識され特定されているかどうかという量的な差に帰しよう。そして両者は、犯罪の成立要件をめぐる解釈上の争いを内含することなく、固定した解釈を前提としてつつ単に刑罰それ自体の軽重を論ずるものである点に共通の特色をもつのである。

(2) 第二の類型として、ある見解の採否を、当該の理論的立場をつらぬくことによつて生ずる刑の権衡・不権衡にかからせるばあいをあげよう。たとえば、①強盗が故意に人を死にいたらせたばあいの擬律については、周知のように、学説が多岐に分かれている。このばあい、学説の趨勢は、大正一年の大審院刑事連合部判決(大判六一・二二、二二刑集一卷八頁一五)を機縁として、刑法第二四〇条後段の罪をもつて強盗罪と殺人罪ないし傷害致死罪との結合犯、または死の結果

につき故意あるばあいを含む結果的加重犯と解し、第二四〇条後段だけの成立を認める方向に傾いてきた。ところで通説が、刑法第二三六条(強盗罪)と第一九九条(殺人罪)との観念的競合説、牽連犯説または併合罪説を採らない

のは何故か。そこにはさまざまな理論的・技術的考慮がはたらいているが、本稿の観点からは、これらの説に立つかぎり、致死の認識をとまなうばあいの刑がそれを欠くばあいに比し軽い結果となつて権衡を失する、という考慮がその有力な一因となつてゐることを看のがしえないであろう。②いわゆる封印在中物の問題についても、この種の刑衡論が介在している。いま、封緘した包装物を託された者がその全体あるいは内容物を領得する行為につき、全体について受託者、内容物についてはなお委託者に占有ありとする判例の趣旨を推すと、全体の領得について横領罪、

内容物の抜きとりについて窃盜罪の成立を認めるべきこととなる。これは技巧にすぎるばかりでなく、長期五年の懲役対同一〇年の懲役という刑の權衡を考えると合理的でない、というのが学説の批判である。学説の多くが、委託物の全体と中身とを通じて占有の帰屬を統一的にとらえようとするのは、こうした考慮にもとずく。③ さらに一例をあげよう。公衆の觀覽を目的とする猥せつ行為(ア・いゆるストリッ)につき、通説・判例が公然猥せつ罪(刑法第一七四條、刑は五百円以下の罰金・拘留・科料)の成立を認めるのに対し、猥せつ物陳列罪(刑法第一七五條、本刑は二年以下の罰金・科料)の適用を説く異見がある。生き接の動機にほかならない。

(3) 刑の權衡論を武器としてある見解の採否を弁える例は、特定の構成要件解釈についてのみならず、総則規定の適用に関してもおこりうる。① 錯誤の問題の典例として、たとえば、器物損壞の意思に出て誤つて人の死を惹起したばあいを考えよう。通説のとする法定的符合説にしたがえば、このばあい過失致死罪の成立を見るにとどまるから、刑は千円以下の罰金(刑法第二一〇條、ただし罰金等臨時措置法三條)——ただし重過失に出たとき、上限は三年の禁錮(刑法第二一一條)——にすぎない。一方、人の死を惹起することなく器物損壞の意図を遂げれば、当然、長期三年の懲役(刑法第二一條)にいたりうる。同一の意図に出ながら、より重大な法益である人命を侵したばあいの方がかえつて軽くなるという右の結論は、いかにも不都合ではないか？一派の論者によつて唱えられる抽象的符合説ないし可罰的符合説(一)は、まさしく、抽象的事実の錯誤をめぐつて生じうべきこの種の“不都合”を避けるための、学説苦心の産物といえよう。② そのほか、基本的構成要件について中止犯が認められる以上、予備罪についても、処罰の權衡から考へて一定の範圍でなお中止犯例の準用を相当とする見解(二)、單なる累犯のばあいとの權衡を理由に、常習犯についても再犯加重例の適用を認めるべきものと

する見解⁽⁹⁾、などもこの態様に算えられる。これらは、より抽象的な総則規定の適用にちなむという点でのみ前段(2)と区別されよう。

(三) ちなみに、刑の権衡論については、紋上の素朴な分類に代えて、① いわゆる不権衡の生ずる範囲が個別・特定のであるか一般的であるかにより、(イ)個別的権衡論、(ロ)一般的権衡論、② 固定した解釈を前提しつつ單純に刑の輕重を論ずるものかどうかにより、(イ)單純権衡論と(ロ)その他の権衡論、あるいは③ (イ)立法論に結びつくべき権衡論と(ロ)解釈論としての権衡論等の区別を考へることができ(これらが多かれ少なかれがいに交錯する分類であることはいうまでもない)前述の相対的権衡論が(イ)(ロ)にまたがるのに対し、絶対的権衡論は、概して(イ)に親しむのである。ここでは分類の多様な可能性を示すにとどめておく。

(1) 刑法第一〇八条参照。尤も昭和二十二年に執行猶予の要件が改められた結果、現在では第一〇八条の関係でも酌量減輕による執行猶予が可能となっているから、放火罪に対する量刑が具体的妥当性を欠くおそれは、ほとんどなくなったものと見てよい。(岡藤・「刑法各論」、一一一五頁参照)

(2) たとえば、植松「刑法教室」II、三―四頁。ちなみに、この問題が、犯罪に破廉恥罪と非破廉恥罪との区別を認め、ひいて懲役刑と禁錮刑を分かちことが妥当かどうかの問題とかかわることはもちろんであるが、ここではたちらない。

(3) 尊属殺人罪を構成する事案について、むしろ加害者側に同情に値する例の多いことは、しばしば指摘されている。通常殺人罪の刑が死刑・無期または三年以上の懲役であるのに対し、死刑または無期懲役という法定刑では、よく処罰の具体的妥当性を全うすることが難しいとされるのである。かような考慮が、いわゆる尊属殺規定違憲論を支える実質的な背景になっていることは否めないであろう。

(4) この点をめぐる学説の争いについては、後述第四節参照。

(5) 大判、明四四・一二・一五、刑録一七輯二一九〇頁。大判、大五・一一・一〇・刑録二二輯一七三三頁。最決、昭三二・四・二五、刑集一一卷一四二七頁等参照。

- (6) 植松教授が一貫してこの解釈を採られる。植松「刑法学各論」一四一・二頁。
- (7) 学説の現状については、大谷「事実の錯誤」(刑事法講座Ⅱ所収)同「認識ある過失・事実の錯誤」(刑法演習・総論所収)、等に詳しい。
- (8) たとえば、牧野「刑法総論」三六九頁、団藤「刑法綱要」二七五頁等。反対、大判・大五・五・四刑録二二輯六八五頁。
- (9) 団藤「刑法綱要」四一七頁。

第三節 罪刑の均衡と刑の権衡

刑の権衡を論ずる前提として、あらかじめ罪刑の権衡という問題に論及し、その相関を明らかにしておかねばならない。

すでに冒頭で触れたごとく、およそ刑罰が犯罪に対する法律上の効果でありこれと相即するものである以上、罪刑の均衡をはなれて刑の権衡を語りえないことは自明であろう。けだし、刑の権衡はおのずからその相即する犯罪の権衡に対応すべく、いわゆる刑の不権衡は、他の犯罪—刑罰との比較において、罪刑がその均衡をえないところにはじめて生ずるものであるから。いま、かりに、甲罪の刑が長期懲役五年、乙罪の刑が長期懲役一〇年でその間に刑の不権衡が問われているものとしよう。五年と一〇年とがアンバランスだということは、その量差が元来甲罪と乙罪との間に存すべき実体的権衡に対応していないことを意味する。いいかえると、甲罪または乙罪の一方について現に罪刑の権衡が保たれていることを予定し、他方について、甲罪または乙罪との権衡上一〇年ないし五年の刑が当を失するというに帰しよう。甲・乙両罪についてそれぞれ罪刑の均衡が全うされているかぎり、もはや刑の不権衡を生ずる余

地はないのである。より根源的にいえば、そもそも罪刑の均衡という基本的な要請があるからこそ、かかる要請に沿うべく、刑の権衡という問題が問題として成立するのである。

こうして刑の権衡論は、いわば犯罪体系における横の關係に着眼しこれを視点とした罪刑の均衡論であり、この意味において罪刑の均衡という課題の一場面にほかならない。一個の構成要件に即して端的に罪刑の均衡を問うとき、絶対的権衡論が生じ、二個以上の構成要件にわたつてこれを立体的に問うとき、相対的権衡論が成りたつ。ただし、このばあい、相対的権衡論中のある種の類型については、かならずしも、本来の罪刑均衡の問題に包摂しつくされない側面のあることに留意しなければならない。たとえば、累犯例の適用など処断刑の形成をめぐつて生ずる刑の権衡論が、直接には、基本的構成要件と対応する刑罰との問の均衡の問題でないことは明らかであろう。さらに、刑の権衡を論拠として錯誤論の構成を考え、あるいは各論上、同じく具体的に成立すべき犯罪の別を考える等のばあい(たとえば封印在中物の例など)にも、すでに構成要件それ自体と刑罰との均衡は所与として前提されたものであり、その前提のうえに構成要件にあてはめられる行為ないしその類型について適用法条のいかんによる刑の権衡を問題とするのにすぎない。とはいえ、のちに展開するごとく、罪刑均衡の原則については、単に立法上ばかりでなく、司法上ないは行刑上もその発現を認めてよいのであり、この意味で単罪の均衡の要請は、ひろく、またつねに、刑の権衡が論じられる全範囲を掩うのである。かくて、刑の権衡と罪刑の均衡とが不可分の關係にあることは多言を俟たないであろう。以下、罪刑の均衡という原則のもつ意味と内容について少しく分析を加えておきたい。

二

- (1) 罪刑の均衡は、罪刑法定主義そのものに由来する基本的な要請である。もと、罪刑法定主義の原則は、刑事裁

判における官憲の恣意を排し、個人の自由・法的安定性を保障するために、犯罪と刑罰とに関する成文の法命題を要求するものであるが、単に罪刑を形式的に法定するだけではもとよりその保障は充たされない。そこに規定され、適用される刑罰が犯罪に対して相当を欠き、その間均衡を失するときは、いわば、あらかじめ法定された恣意を許すものといふべく、それが罪刑法定主義の根本趣旨とあい容れないことは当然であろう。一方、いわゆる適正手続条項 (due process clause) のもとでも、手続の適正とならんで実体法規の存在およびその内容的適正が要求されるから、罪刑が適正な均衡を保つべきことは、また同前でなければならぬ。米国のデュー・プロセス・クロウズを承けて法定手続を保障し^(憲法第31条)、残虐な刑罰を絶対に禁止する^(同第36条)わが憲法条規に照らすとき、罪刑の均衡はまさに憲法上の要請といつてよい。

(2) ところで、刑罰が法律的に発現するばあい、そこには各種の段階ないし形式がありうる。いま、立法、裁判、行刑という三個の国家作用に対応して、法定刑、宣告刑、執行刑の別を考へることができよう。立法の段階においては、抽象的に定立された刑罰は、裁判によつて具体的に定立され、ついで行刑の場において現実に執行される。それは、一般的・抽象的な刑罰が特殊・具体的なそれへと凝固してゆく過程であり、観念的なものの現実的形成の過程である⁽³⁾。形罰の発現にかかる段階的区別が存する以上、罪刑の均衡もまた、おのずから各個の段階に即して把握されなければならない。罪刑の均衡という要請そのものは刑罰発現のすべてのばあいを通じて例外なくおよぶものと見てよいが、後述のように、罪刑均衡の意味するところにつき各段階はそれぞれ固有の問題をもつのである。

(3) ちなみに、罪刑の均衡という問題がいわゆる学派の争いと無縁でないことはもちろんである。あらためて説くまでもなく、刑法における学派の争いは刑罰の本質・根拠をめぐる論争を焦点として展開され、古典派Ⅱ旧派の奉ず

る応報刑論に対して近代派—新派は目的刑論をもつて対抗した。そして古典派が犯罪行為そのものに現実的意義を認め、意思自由を前提に行爲責任を説いたのに対し、近代派は行爲者の性格の危険性に処罰の根拠を求め、性格責任論を標榜した。犯罪論において前者は客観主義に結び、後者は主観主義に結びつく。かような基本的系譜に徴するとき、いわゆる罪刑の均衡が、本来、古典派の応報主義的志向に親しむことは容易に首肯されようが、近代派の志向との関係ではまさしく問題である。たしかに、徴表説の洗礼を受けた現時の近代派学説は、端的な危険性ないし反社会性それ自体ではなく、行爲に徴表されたかぎりでの危険性を問題とするにとどまるから、犯罪の軽重と危険性の大きさが対応する限度では、なお犯罪と刑罰との均衡を考ふる余地があろう。その意味で主観主義的見地に立ちつつ罪刑の均衡という要求をかかげることもあながち矛盾ではない。しかしながら、近代派の説く危険性がより抽象的なものであり、また『罰せられるべきは行爲でなく行爲者である』という標語に特徴的に示されるそもその主張が、おのずから個々の行爲者の性格に即した刑の個別化を要請するものである以上、かりに犯罪と刑罰との均衡を論ずるとしても、それが近代派本来の志向に導かれたコロラリーでないことは明らかである。こうして、罪刑の均衡という命題は、本質的な意味では、古典派の思想系列においてのみ支持されうるものといわなければならない。

三

(1) 罪刑の均衡は、まず、立法上、犯罪構成要件と法定刑との関係において要請される。立法者は、社会的・刑事学的な当罰行爲の類型を一定の標準にしたがつて抽出し、これを法律的な可罰行爲の定型に高める一方、そこに定型化された「犯罪」に対して刑罰—法定刑を結合する。その際、個々の犯罪定型と対応する法定刑とは、それぞれ相応な均衡を保つことを要するのである。すでに述べたとおり、罪刑均衡の原則は、ほかならぬ罪刑法定主義に由来し、

罪刑法定主義の要求するものはもと立法の段階における罪刑の適正な規定であるから、罪刑がその均衡をうべきは、第一次的にはかかる立法の場においてでなければならぬ。

それでは、罪刑が均衡をうるための要件ないし標準は何か。おもうに、立法過程に作用する諸契機の解明は、ひろく法律学・政治学・社会学等の提携に俟つべき困難な問題に属しよう。けだし、立法は、それぞれに理性的な装いをとつてあらわれる多様な目的・要求が相剋し、競合するところに成るから。ただ、刑罰法規の定立はなにより慎重・謙抑を旨とすべく、すくなくとも保護利益との関係において合理的な判断基準に拠る必要があることは明らかである。一定の生活利益は法による承認・保護を受けて法益に高められる。法益の実質は前法的な利益・財・状態であり、法益保護は刑法のはたすべき本質的な機能である。立法者は、合理的で明確な価値形象の保護⁽¹⁾法益保護の要請にこたえることによつて、はじめて処罰を正当化し、恣意的な立法のそしりから自らを守ることができよう。こうして法益は、刑事立法における処罰の必要性和根拠を肯認するための重要な指針となる⁽²⁾。しかも、このばあい、法益のないう意義は、単にそれが前法律的な当罰行為の類型を法律的な犯罪定型に高めるにあつて顧慮されるべき第一次的な視点であることのみにつきない。それは同時に、処罰の必要と根拠をそなえた当の犯罪定型に対し、いかなる種類・分量の刑罰を相当とするかの考量に際しても、必須の尺度となるのである。しかも、定型的に軽微な法益侵害に対して不釣りあいに重い刑罰を科することは許されない。同様に、重大な法益侵害に対して軽きにすぎない刑罰を科することも妥当を欠く。かように、犯罪定型の定立を理由づける法益の軽重は、それに対する刑罰考量をも決定的に制約するのであり、この意味において罪刑の均衡をはかる基準もまずもつてここに求められねばならないのである。

M・E・マイヤーは、財ないし利益を法益に高める契機として ① 保護相当性 (Schutzwürdigkeit) ② 保護必要性 (Schutzbedürftigkeit) ③ 保護実効性 (Schutzfähigkeit) という三個の視点をかけ、それぞれに精緻な規定をあたえた。かれにしたがうとき、①は、文化⁽⁵⁾がそれに賦与するところの価値に応じて定まり、②は当該の財に対する侵害可能性によって規定され、③はさらに保護の可能性 (Schützenkönnen) と許容性 (Schützen dürfen) という二つの視角⁽⁶⁾から把握される。財の法益適格に関する明快な分析として首肯するに足りよう。いま、罪刑の均衡という見地から問題になるのは、刑罰一般ではなく、個々の犯罪定型との関係において一定の質・量をそなえた個々の法定刑であるから、絞上の法益適格は、さらに個々の法定刑に関連づけて吟味されることを必要とする。より敷衍していえば、個々の犯罪定型のうちに処罰の実質的な根拠として内含され、かつ一般的な適格性をそなえた当の法益につき、一定の質量をもった当の刑罰による威嚇・強制のもとに刑法上これを保護することがはたして相当であり、必要であり、かつは実効性を有するかという視角からの検討を要するのである。

以上の素朴な提言を介して、法定刑に対応するものが違法性か責任かという一個の問題に対しても一応の答えがあたえられるであろう⁽⁸⁾。周知のように、違法性の本質を法益侵害に求める伝統的な違法観に対しては、近時、学説のどい批判が向けられているが、いわゆる法益侵害が違法性の要素であるということ自体は法益説に対する諸批判の当否によって左右されない。しかも、私見によれば、依然、法益侵害は犯罪ないし違法性の本質を規定する中核的な要素である。こうして、罪刑の均衡をはかる第一次的な尺度を法益の視点におくことは、ひいて法定刑の対応する領域を定型的違法性のそれに求めることに帰著するのである。それは、決して、違法性の内容、さらには法定刑の対応する契機が法益の単なる結果的加害につきることを意味するものではない。違法性の本質・内容は、単に、利益の類

型的侵害でないと同時に、類型的利益の單純な侵害でもない。それはいわば類型的利益の類型的侵害である。その意味において故意・過失ないしは行為の態様もまた、“侵害”の要素として違法性の内容規定に参加する。かように、侵害の要素、違法要素として故意・過失を含み、行為の態様を含む広義の“法益侵害”が、まさに違法性の本質的内容であり、法定刑がそれと均衡をうべき違法性の中核にはかならないのである。

他方、犯罪の定型すなわち構成要件が、違法行為の定型であるにとどまらず有責行為の定型でもある限度では、法定刑と有責性とが対応する面をもつことを否みえない。とはいえ、それが法定刑と違法性との原則的対応關係を破るものでないことはいうまでもなからう。

(2) 罪刑の均衡は、ついで、裁判の段階においてはからなければならない。現に行なわれた具体的な犯罪と宣告刑との均衡がこれである。ここに“刑法理論の縮図”⁽⁹⁾ともいうべき困難な量刑の問題が登場する。しばしば指摘されるように、現行刑法は法定刑の幅が大きく、刑の量定範圍のひろいこと比較法上の異色であり、その間にあって、事案の個別性に即しつつ、妥当・適正な宣告刑を裁量することはしかく容易ではない。また、宣告刑に先だつ処断刑の形成についても、裁判所の裁量に俟つばあいが多いのはむろんである。これらの一連の過程を通じて、裁判官の恣意的な裁量を排すべく、そこに量刑を指導すべき客観的な原理上の指針が存しなければならぬ。それは、さかのほれば罪刑法定主義の要請の量刑における発現と考えてよいであろう。

ところで、裁判官を拘束すべき刑の量定基準について現行法は直接の規定を設けていない。刑訴第二四八条において起訴猶予の標準を示すにとどまっている。刑罰のいとなむ多元的な機能にかんがみ、量刑にあたって参酌されるべき事項は、ひろく行為の前後にわたり、かつは人格的要素・環境的要素・行為的要素にわたって、広汎・多岐におよ

ぶであろうが、問題の理論的核心は量刑を主導すべき犯罪要素が責任要素か違法要素かにある。

注目に値するのは改正刑法準備草案第四七条の規定である。同条は、近年の立法例に示唆をえつつ⁽¹¹⁾、その第一項に『刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならぬ』旨のいわゆる責任主義の原則をかかげ、ついで第二項に、目的主義の斟酌に出て量刑上考慮されるべき項目を列挙し、さらに第三項において、謙抑主義に則した科刑の限界を示す⁽¹²⁾。いわば責任主義を基調としつつ、あわせてその目的主義的合理化を期するのである。準備草案の規定するかような量刑の基本原則の意義ないし当否については、同草案に寄せて、すでに多くの論策が著わされているが⁽¹³⁾、刑罰が帰するところ行為者に加えられる非難である以上、そのかかげる責任主義の理念には正しい核心が認められてよい。行刑上の目的考慮による合理化ないし修正を容れつつ、刑の量定を左右する要素は、基本的には責任要素から成るのである。その仔細な検討は、もとよりこの小稿のよきはたすところではない。ただ、前述のごとく、法定刑が元來行為の定型的違法性に対応するものであり、違法性が責任に先行する要件であることから推して、量刑上、当該行為の帯びる違法性の強度を等閑視することは許されないであろう。(現に準備草案自身、端的な違法要素であるか、あるいは同時に違法要素でもある事項を、量刑にあたって参酌すべき事項のうちに含めている。) 法益侵害性を中核とする具体的な違法性の強弱は、個々の事案について責任の間われるべき範囲を、主としてはその上限において制約する。こうして、いわゆる責任主義を強調するのあまり、量刑における違法要素の意義を過小に評価すべきではないのである。

(3) 行刑の段階においても、それが当の犯罪に対して均衡をえた宣告刑の執行であるかぎり、根源的には罪刑均衡の要請が内在している。しかし、この段階における刑罰の発現は純粹に個別・具体的であり、さらには行刑の理念な

いし合目的性の観点からする種々の修正原理がともなうことを認めなければならぬ。したがって、じつは執行刑においてこそ、応報的害悪としての刑罰の赤裸々な本質が露呈されるにせよ、この段階において罪刑均衡の原則のはたす役割はきわめて間接的・潜在的なものにすぎない。

(4) 以上において、いわゆる罪刑均衡の意義、および刑罰の実現プロセスに即したその段階的発現について概論した。いま、抽象的な法定刑の次元で罪刑の均衡が全うされているかぎりには、具体的にも妥当な量刑ないし行刑の可能性がつねに保障されているのに対し、すでに犯罪定型と相応する法定刑との均衡が破れているばあいには、すべての事案を通じて具体的妥当性を例外なく保つことはあらかじめ不可能といえよう。この意味で一般的な可能性の問題としては、犯罪構成要件の体系における罪刑の均衡がなにより根抵的意義をもっている。一方、法定刑が構成要件との関係においていかに定型的に均衡をえているとしても、裁判の段階で、具体的な量刑が当の犯罪に対して均衡を失したとすれば、ついには罪刑均衡の立法的保障が空文に帰するにいたらう⁽¹⁴⁾。また、反面、すでに抽象的な法定刑の次元で罪刑が不均衡を呈しているときは、逆のばあいに比しなお一層つよい理由で、裁判の段階におけるより、妥当な、より均衡をえた刑罰の量定が要請されることになる。その調整は、裁判実務にいわゆる量刑相場の形成⁽¹⁵⁾に俟つところが大きい。つまり、立法上の均衡が保たれているかどうかは論なく、罪刑の均衡を実さいに担保し、またはこれを可及的に調整する作用として、現実には、量刑のはたすべき役割の重要性をかりにも軽視することは許されないのである。

四

前述のように、いわゆる刑の権衡論は罪刑の均衡という基本的要請に沿うための一考であり、広義における罪刑の均衡論の一場面にはかならないから、その意義もまた、罪刑の均衡の原則に関する上述の論考を背景に理解されな

ればならない。問題の具体的検討にはいるまえに、あらかじめ二、三の一般的な前提を吟味しておこう。

(1) 立法者は、罪刑均衡の原則に導かれつつ、構成要件と対応する刑罰との関係において矛盾のない体系を志向する。個々の刑罰法規についてそれぞれ罪刑の均衡が充たされているとき、そこには全体としても均衡のとれた矛盾なき体系が成立し、もはや立法論としての刑の不権衡論が生ずる余地はないであろう。しかし、その際、解釈論として別の形の権衡論がありうることを看過すべきではない。つまり、罪刑の全体的ないし個別的均衡を予定し、刑の不権衡を導くような構成要件解釈または理論構成を避けるための権衡論である。その立論の根拠を敷衍すれば—立法者は一定の標準のもとに選択した可罰行為の定型に対して刑罰を結合する。このばあい、犯罪に対する法的効果としての刑罰一般は前提とされているにせよ、個々の具体的刑罰に関するかぎり、まず刑罰があり、ついでそれに対応するものとして犯罪の要件が定まるのではない。発生論的には犯罪の構成要件が先行し、刑罰が後行する。刑罰をはなれてすでに構成要件の内容的確定がない。発生論的には犯罪の構成要件が先行し、刑罰が後行する。刑罰をはなれて構成要件に結合された刑罰の質・量を手がりとして、逆に立法者の規範意識をさぐり、あるいは理論構成の当否を検討することが当然に許されてよい。——これがこの種の権衡論にほぼ共通の根拠である。解釈論として刑の権衡論が成りたつ本来の領域もここに求められよう。罪刑の均衡—刑の権衡の視点が解釈論においてはたす方法的機能はそこに直載である。

他方において、罪刑が全体として均衡を全うすることなく、刑法体系のうちに罪刑の不均衡をはらむ刑罰法規の存するとき、当然横の關係で刑の不権衡をもたらさざるをえない。逆に、横の關係に着眼して刑の不権衡があれば、それは多かれ少なかれどこかに罪刑の不均衡をはらむことの証左でなければならぬ。こうして、立法論として刑の

不權衡を主張することが可能となる。いうまでもなく立法者は万能でない。犯罪構成要件の体系において当罰行為のみすべてを網羅しえないと同時に、罪刑の均衡が矛盾なく刑罰法規の全領域を掩つていとはかぎらない。のみならず時代思潮の変遷・社会事情の推移に応じて、当罰性の観念・内容にもおのずと変動がありうる。刑の權衡ひいて罪刑均衡の視角からする刑罰法規の再吟味は、ある時点においては、むしろ必須の作業といえよう。最近、ヴェルテンベルガーは『ドイツ刑法学の精神的現状』と題する好著において、とくに一章を設けたうえ、施行後一世紀をへたドイツ刑法における法益保護体系の全面的再編成を説いた。⁽⁶⁾ かれは、そこで、現実社会を支配する価値秩序と法益秩序との相即を論じ、いまや法益秩序が多くの点で現実の価値秩序と背馳するにいたつてゐることを例証しつつ、その再検討を主張するのである。刑法に示現された一国の価値体系は、現実の価値秩序に即することによつて時代の要請にこたえるべく、ときに、このような形で再吟味を余儀なくされる。それが、やがて刑法改正運動につながるものであることはいうまでもない。

一方、かように立法上の過誤または当罰観念の変遷に由来して刑の不權衡を生ずるときは、解釈論としても一定の限度でその是正がはかられてよい。ひとたび定立された法規はそれ自体立法者から独立の客観的存在である以上、解釈は、かならずしも立法当時の規範意識に拘束されないでよいのである。しかし、そこには解釈論として許される本来の限界が存しなければならない。たとえば、かりにも条文の許す文理の枠を逸脱し、あるいは基礎理論を曲げてまで刑の權衡という一個の要求に譲るべきではないであろう。刑の不權衡という形をとつて生起する諸問題を考えるに際して、一見いかに不合理であれ、それが構成要件―刑罰の關係をめぐる不動の定型的評價に還元されるかぎり、解釈論としては、これを容認するほかはないのである。

(2) すでに触れたごとく、法定刑が犯罪定型に対して抽象的に均衡を保っているかどうかにかかわりなく、裁判の段階すなわち具体的な量刑の場において、当の犯罪に対する具体的な均衡の実現が要請される。この段階においてもまた、刑の権衡が罪刑均衡のうらづけとして考慮されねばならない。要は、刑の権衡をえた妥当な量刑である。かような要請にささえられるかぎり、問題は本質的には“妥当な量刑”の可能性があるかどうかにかからなければならぬ。現に妥当な量刑の可能性が保障されている以上、“不妥当な量刑”の可能性は、じつは、この段階では問題とならないのである。たとえば、当然重かるべき行為に対して量刑が軽くなりうるがゆえに不都合、といった形の不権衡論は、決して問題の核心を衝くものでない。妥当な量刑の確保という基本的要請に沿うべく、それは、事実上刑の権衡をばむ障害たりえないのである。学説の唱える不権衡論は、多く、この点で再考を要するであろう。

(3) しかも、対応する構成要件―刑罰の關係について前掲のごとき定型的な刑の不権衡があるばあいは別論としていわゆる不権衡論の多くは、じつは犯罪定型中の一態様について説かれるにすぎない。ここでの問題は、構成要件の内部における態様的かつは定型的な区別と法定刑との關係に見いだされる。問題の所在はふかく、また異論もありえようが、私見によれば、量刑範囲のひろいこと比較法上の異例ともいうべき現行法のもとにおいて、多くのばあい構成要件そのものが、より細分された諸類型を包摂し、したがって対応する刑罰にもその間おのずから適正な均衡が保たれるべきものと考えてよい。⁽¹⁾ たしかに、旧刑法から現刑法への移行にあたって、構成要件上あらかじめ煩鎖な概念構成を排し、個々の事案について具体的妥当性をはかるという考慮がつよくはたらいっていたことは否めないであろう。しかしそのことは、決して、構成要件に内在する一定の態様の区別をすべての關係において撤廃し、無意味ならしめるものではない。理論上ないしは実体論理のうえから見て、犯罪の軽重にかかわるべき定型的差異の存するかぎ

り、そこには、犯罪定型中におけるいわばミクロ・コスモスとしての罪刑の権衡 \parallel 刑の均衡の問題が成りたつのである。こうして、通常の犯罪定型の内部に合理的な範囲で小定型の観念を導入し、その各々について法定刑の質または幅員を考へるときは、構成要件の一態様にただちに法定刑の全範囲を抽象的に対応させることは、その限度で意味を失ない、ひいて学説のあげる不権衡を定型的にも、しばしば単なる表見的な不権衡にとどめるのである。上述の吟味に照らしてなお解消しえざる刑の不権衡こそ、まさしく真の不権衡として残ることにならう。

(1) この問題の史的沿革をさかのほれば、当然一八世紀後葉の啓蒙期にまでおよぶべきであるが、その考察は、いま本稿の課題ではない。

(2) 憲法第三一条が米国の適正手続条項に由来していることは、憲法制定の沿革に徴して疑いをいれない。

(3) 法律上刑罰が発現する三つの段階およびその相互の関係につき、木村「刑罰の本質と目的」(刑法の基本概念、三一頁以下所収)参照。教授はそこにいわゆる刑罰発現を刑罰の立法的発現・司法的発現・執行的発現の三種に分析される。

(4) いわゆる法益説の正当な核心は、法益の実体が、法的保護を享ける以前に存在し、立法によって承認・保護される利益であり、財ないし、状態であるべきことを説いた点にあった。(ちなみに、法益の実体が利益であるか、財または状態であるかは、今日、用語の争い以上の意味をもっていない。参照、木村「刑法における法益の概念」(刑法の基本概念所収)一一四頁。日沖「法益論」(刑事法講座工所収)一二七頁。)かような法益説の積極的な志向は、法律により創造された法益 \neq の存在がフランク等によって主張されて以来、不当に閉却されてきたきらいがある。この問題については、他の機会に詳論したい。

(5) 参照、団藤・前掲三八一九頁。

(6) M. E. Mayer, Der Allg. Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 20 ff.

(7) マイヤーによれば、前者の見地からは受範者への義務づけによってもたらされる実さいの効果が、また後者の見地からは保護のために支払われるべき代償との権衡が考慮される。

(8) なお、久礼田博士は『犯罪が違法と責任とから成立つとすれば、違法は刑の外延に關し、責任は刑の内包に係ると謂えるであらう。……』と説かれる。久礼田「刑罰の人道的要素」(小野博士還暦記念「刑事法の理論と現実」(一)所収)三頁。

- (9) ちなみに、侵害行為の態様を違法要素としてひろく、「法益侵害」の觀念に包攝しつつ、違法性の本質・核心をなおもいわゆる結果無価値としての「法益侵害」に求めることは決して矛盾した把えかたではない。ヴェルツェルに代表されるどい批判にもかかわらず、依然として違法性の第一義的な、本質決定的要素は、いわゆる結果無価値であり、行為の結果的側面である。
- (10) 団藤、前掲・四二三頁。
- (11) たとえばスイス刑法第六三条、ドイツ一九五六年草案第二条、同六〇年草案第六〇条など。
- (12) 準備草案第四七条②『刑の適用においては、犯人の年齢、性格・経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響並びに犯罪後における犯人の態度を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善、更生に役立つことを目的としなければならない。』③『刑の種類及び分量は、法秩序の維持に必要な限度を越えてはならない。死刑の適用は、特に慎重でなければならない。』
- (13) なお、準備草案理由書に示された立案者側の説明として、小野・理由書九四・五頁、中野・同一二五頁以下。
- (14) もちろん、このばあい、罪刑均衡の原則にかなった適正な刑罰法規の体系には、裁判におけるその具体的な表現をはなれても、それ自体としての固有の意義があることを看過すべきでない。つまり、法によって承認された規範的、社会倫理的な価値の体系を示し、国民に対して正しい行為規範をあたえるという機能を積極的に評価しなければならないのである。
- (15) 量刑ないし量刑相場の形成に関しては、近来、すぐれた実証的・統計的研究が多い。たとえばその一例として、高橋正巳「量刑の変遷について」(小野博士還暦記念・刑事法の理論と現実(三)所収)。
- (16) T. Wirttenberger, "Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft" 1957. II. Teil, 2. Vom Umbau der Rechtsüterordnung.
- (17) このような理解は、量刑の指導準則としてのいわゆる責任主義の原則と矛盾することにはならない。ただ、責任に相応する量刑の幅がその限度で制約されるにとどまる。
- (18) たとえば、殺人罪の構成要件についてはいえば、墮胎罪、自殺関与罪等の諸規定を合理的に斟酌し、あるいは、行為の社会的・刑事学的事実態等を綿密に検討したうえで、嬰兒殺・安楽死などの定型的区別を考えることができる。そこには、すでに、法益侵害の程度ないし侵害の態様による定型的違法性の差異が存しよう。
- (19) 法定刑が選択刑となっているばあいは、刑量に先だって、当然刑種への顧慮が不可欠となる。

第四節 若干の問題の検討

前節において、いわゆる罪刑の権衡と刑の均衡の意義および相互の関係を弁え、刑の権衡の問題を論ずるための一般的前提について簡単に考察した。以下、本節では、敘上の考察を背景におきつつ、二、三の特徴的な権衡論についてその意義ないし説得性を吟味することとしたい。いうまでもなく、問題は、本質的には、個々の構成要件の解釈問題に帰するのである。

一、絶対的権衡論について

(1) まず、とくに限定された較量の対象をもたない、絶対的権衡論について見よう。これは法定刑と対応する構成要件との定型的な不均衡を説くものである。さきに触れたとおり、罪刑の適正な評価を支えていた諸契機、たとえば時代思潮や社会事情の変遷にもなつて、ときに、犯罪定型と法定刑との不均衡がもたらされることは必至であり、実質的なうらづけのそなわるかぎり、立法論としてその不均衡を衝くことは単に有意であるばかりでなく、むしろ学説に課せられた使命といふべきである。かくてこのたぐいの刑の権衡論は十分な説得性をもっている。たとえば、日本国憲法の施行後において職権濫用罪の刑がひきあげられた例などは、この種の権衡論が立法論として結実した典例といえよう。もちろん、現在の規範意識に照らしてたとえ法定の刑罰がバランスを失うとしても、裁判の場で法の建前に反する刑をいい渡すことはできないが、そのいちじるしい不均衡は、ひいて適正手続条項に違反し、違憲論とつながるものであることに留意しなければならない。

(2) なお、罪刑に絶対的ないし定型的不均衡ありとされるばあいでも、妥当な量刑の可能性という見地からは、一

定の限度でむしろ表見的不均衡の域にとどまりうることを指摘しておこう。つまり、特定の刑種につき、軽きに失するという形でその下限が、また、重きにすぎるといふ形でその上限が批判されるばあいには、事実上、量刑に際しての不都合をとまわらないのである。けだし、均衡をえた妥当な量刑の要請に忠実であるかぎり、それは、刑の権衡を妨げる障害とならないから。³⁾

二、相対的権衡論について

(1) 相対的権衡論のうち、單純に二つ以上の構成要件を対比して法定刑の軽重・権衡を論ずるばあい、その意義ないし説得性は、絶対的権衡論に準じて理解できよう。構成要件の体系における法益保護の厚薄、したがって各犯罪の占める比重は、社会事情ないし規範意識の変遷につれておのずと推移すべきであり、刑の権衡もまた当然かかる変遷に照応すべきである。絶対的権衡論とのちがいは、単に較量の対象が無限定であるか、限定されているかという量的な差にすぎない。一方、妥当な量刑の可能性という視点からはどうか。ここでも、法定刑相互の抽象的な比較、すなわちもつぱら刑法総則の定める刑の軽重の標準³⁾を固守するだけの抽象的な法定刑の比較は意味を失なう。当該法定刑の種類、刑量の上限・下限を彼此照合し、はたして解消しがたい不権衡を含むか検討すべきである。その際、刑種・刑量においてまったく容れない不権衡、あるいは、重なりあう部分があるにせよ、上限ないし下限の制約が妥当な量刑の可能性を排除するような不権衡こそが真の不権衡として現前することになる。尊属殺人罪の規定をめぐる不権衡はその不幸な一例にはかならない。

尊属殺人罪(刑法第^{三〇〇}条)の規定については、いうまでもなく、憲法第一四条を根拠とする違憲論があるが、最高裁判所は、少数意見をともないつつも合憲説を採った。⁴⁾ 憲法論の委細は別論として、問題の要点は、結局、尊属対卑属の

關係が構成要件—法定刑という形で、定型的加重を正当化するための合理的理由となりうるか、にある。ふかく親子關係に重刑の根柢を求めることはあながち不合理とのみいきれないが、すくなくともそこに、尊屬殺人罪の現規定におけるような敵刑(通常殺人罪の法定刑が死刑・無期または三年以上の懲役であるのに、
対し、尊屬殺人罪のそれは、じつに、死刑または無期懲役である。)を定型的に相当とするほどの合理性を見いだしがたいことはたしかであろう。通常殺人のばあいにくらべて、尊屬殺人の事案の側にむしろ憫諒にあたいする例の多いことも、かかる定型化の不当を裏書きしている。のみならず、死刑を含む通常殺人罪の刑は、上限において尊屬殺人罪の刑を包摂し、下限においてそれを超えるにすぎない。均衡をえた「妥当な量刑の可能性」という視角からは、通常殺人罪の刑によつて十分賄いうるのである。こうして、尊屬殺人罪の現規定を疑問とする理由は一層つよいものといふべきであろう。

(2) つぎに、ある理論的立場の当否が、その適用によつて生ずべき刑の權衡・不權衡にかかるばあいを一・二の特徴的な例について見よう。元來、刑の權衡論が解釈論において方法的機能を發揮する主要な場は、ここに求められる。

1. 強盜が故意に人を殺害したばあいの擬律については、結果的加重犯の規定に準ずる刑法第二四〇条の文理、あるいは第二四三条の予定している未遂罪の趣旨などと関連して、前掲のように、複雑な解釈論上の対立がある。大別して、強盜殺人につき、① 殺人罪(刑法第一九九条)と第二四〇条後段との観念的競合・牽連犯ないし併合罪を認める見解、② 殺人罪と強盜罪(刑法第三三六条)との観念的競合・牽連犯ないし併合罪を認める見解、③ 第二四〇条後段の法意をもつて、強盜罪と殺人罪との結合罪または強盜罪と傷害致死罪(刑法第三〇五条)との結合罪と解する前提から、同後段のみの適用を認める見解、④ 第二四〇条後段を殺意あるばあいを含む結果的加重犯の規定と解し、③と同じ結論にしたがう

見解、に分けることができよう。⁽⁶⁾ 大正十一年の連合部判決⁽⁷⁾を境に、判例は①から③に遷った。学説のこれに賛するものが多い。

ところで、②説に加えられるほぼ共通の批判は、まさしく刑の不権衡を論拠とするものであった。すなわち、強盗殺人のばあい、たとえば殺人罪と強盗罪との観念的競合を認めると、結局殺人罪の刑が妥当し、科刑は死刑・無期または三年以上の懲役となる。これを殺意なき強盗致死のばあいが死刑または無期懲役であるのにくらべると、故意あるばあいの方が故意なきばあいよりも軽くなりうることになる。牽連犯説ないし併合罪説を採つても同一または同種の結論にいたろう。これは権衡を失し不合理だ、というのである。⁽⁸⁾ たしかに法定刑の単に抽象的な比較によるときは不権衡の感を免れないかも知れない。しかし、妥当な量刑の可能性という視点からは、殺人罪の刑もまた死刑および無期懲役を含むがゆえに、そこにはなんら実質的な不都合をとまなつていないことを指摘しなければならぬ。学説はもつぱら下限に着眼し、重かるべきばあいに軽くなりうることをただちに不合理と見るが、均衡をえた量刑の要請に導かれるかぎり、要は軽くしなければよいのである。

われわれは、なお一步を進めて、そこに小定型の観念を容れることができよう。おもうに、殺人罪には、法定刑のひろい幅に照応して、各種の定型的態様が含まれるべきである。もし、死刑または無期懲役という強盗致死罪の刑が適正であり、かつは故意に出た強盗殺人が故意なき強盗致死に比して定型的に軽かるべきでないとの前提が正しいとすれば、強盗という重い態様をとまなつた殺人に対しては、殺人罪の法定刑中、おのずから強盗致死罪の刑に見合うだけの定型的な枠が考えられてよいのではないか。端的にいえば、強盗殺人に対して適用されるべき殺人罪の刑は、強盗致死罪との権衡を勘案しつつ、定型的に死刑または無期懲役を相当としてよいのである。⁽⁹⁾ かかる小定型―相応す

る刑罰の關係は、それが関連法条の趣旨ないし実体論理の要請に支えられて合理性をもつかぎり、ひいて刑の量定を拘束すべき客観的な指針となる。量刑上これを無視するときは、客観的合理性を欠くものとして、量刑不当の原因となりえよう。

こうして刑の不権衡を援用する非難はその理由を失なう。殺人罪と強盜罪との観念的競合説によるとき、結果的加重犯に準ずる文理に副いつつ、①説の含む欠陥(同一の結果に対する故意犯Ⅱ殺人罪と過失犯Ⅱ強盜)と③説に見る異例(異種の結果に同一の法条に包摂する点に関する)、さらには④説の採る技巧(重い結果に対して故意を認めるともなり結果的加重犯の範疇を認めることに関する)を回避して結論の妥当を期することができ。しかも、強盜の未遂に対応して強盜致死罪の未遂を構成しうるから第二四三条の關係での難点も含まない。財産罪としての体系的位置にかんがみ、強盜致死罪の未遂を強盜そのものの未遂にかからせることは、決して問題を末梢的なことがらに従属させることにならない筈である。観念的競合説には正当な核心が汲まれてよい。(ちなみに以上の立論は、結果的加重犯に関し重い結果につき故意があるばあいの解釈に概ね妥当するであろう)。

2. いわゆる封印在中物の問題にも一種の不権衡論が纏綿している。前掲のように、判例の趣旨を推して包装物全体と中身とで占有の所在を異別に解すると、単純横領罪と窃盜罪の刑が同じでないことから、それぞれの領得行為について科刑の不権衡を生ずる、という議論がこれである。私見によれば、このたぐいの議論もまた正鵠をえたものではない。けだし、占有の概念は財産罪全体にまたがる基礎的概念である。その占有概念を具体的事例にあてはめた結果が、横領罪と窃盜罪との定型的評価の差に由来して、同種の事態に処する科刑上の不権衡をもたらすとしても、解釈論としてはこれを容認するよりないのである。議論の根柢には、刑の権衡という要請と、権衡をばばむそれ以外の要請とをいかに調和し、またいずれを優先させるかという困難な問題がひそんでいるが、すくなくとも、些細な一概

念の適用の限界において往々生ずべき不権衡を理由に基礎概念の修正を迫るべきではない。刑法上の基礎的理論なし概念は、具体的な刑罰考量に先行すべく、適用の末端における刑のバランスは、その当否をはかる一応の視点にすぎない。

のみならず、封印在中物の問題をめぐって実質的な刑の不権衡があるということ自体、むしろ疑問とされよう。封緘により占有意思を留保しつつ、包装物を他人に委託するばあい、封緘の強度、委託の趣旨・その他具体的状況のいかんによつて、全体および内容物に関する占有の所在が移ることは十分ありうることであり、ならんこれを奇妙な結論と目すべきではないから。窃盗罪と横領罪の法定刑にもともと定型的な不権衡があるのでないかぎり、そこに実質的な不権衡を見いだすことは困難である。

3. 最後に、総則規定の適用にちなむ刑の権衡論の意義を一瞥しておく。

略言すれば、刑の権衡をたもつ解釈が、法条の文理に抵触せず、また、解釈上これをばむ他の要請が存しないかぎり、刑の権衡をそこにつらぬいてよい。これに反し、あい対立する要請があるときは、刑の権衡という要請とそれらの要請との権衡という難問題を生ずる。その間の緊張を解くには、刑の不権衡の程度、対立する要請の強弱等について綿密な検討を加える必要がある。その際、まず、そもその前提として、妥当な量刑の可能性という視点を顧慮しつつ、いうところの刑の不権衡がはたして真の不権衡であるのか、あるいは表見的な不権衡にすぎないものかが問われなければならない。しかも、なお不権衡を含むかに見えるばあいでも、帰するところそれが、個々の構成要件——法定刑という犯罪に対する定型的評価そのものの差に還元されるかぎり、そこに真の不権衡を認めるべきではないのである。たとえば、錯誤論において抽象的符合説の根拠におかれている不権衡も、じつは、この意味での不真正な

不権衡にほかならないであろう。⁽¹⁰⁾

- (1) 刑法第一九三条—一九五条参照。その他不権衡論が熟して立法上結実した例をあげるとは容易である。
- (2) 逆に、軽きに失するという形でその上限が、また、重きにすぎるといいう形でその下限が争われるばあいには、はじめて妥当な量刑の障害となるべき実体的な不権衡が成りたつてであろう。
- (3) 刑法第九、一〇条参照。
- (4) 最判、昭二五・一〇・二五、刑集四卷二二二六頁。親に対する子の道徳的義務を重視することは人類普遍の道徳原理であり、また尊属・卑属の關係は憲法第一四条のかかげる差別事由にあたらない、というのがその論拠である。
- (5) 合憲論にくみする学説も、かような見地から、立法論としてこの規定の存置を疑問とする向きが多い。
- (6) この問題に関する学説の詳細につき、木村『結果的加重犯の未遂』(刑法雜誌七卷一、二頁以下)参照。
- (7) 大判、大一一・一二・二二、刑集一卷八一五頁。
- (8) たとえば木村、前掲・五頁、団藤『刑法各論』三三九頁、福田『刑法各論』二二六頁等。
- (9) なお、故意犯に対する科刑と、同一の結果に向けられたそうでないばあいの科刑とが、つねに定型的に異なるべきか、同一であってもよいかという問題がある。この点に関する興味ある判例として、最判、昭三一・九・一一・刑集一〇卷一三三二頁。
- (10) 団藤、綱要二二四頁参照。

あとがき

刑の権衡論の背景は、ひろく、かつふかい。この小稿も、所詮は、標題に対するきわめて不十分なアプローチにすぎたことを自認しなければならない。とくに、肝腎な、刑の権衡論を主張しうる限界の問題については、ほとんど論及するところがなかった。辛うじて、在来の学説上いわば不毛の領域に棹さして、問題の所在を示唆したにとどまる。なお今後の研究に俟ちたい。

ABOUT THE PROBLEM: THE BALANCE OF PUNISHMENTS

Tokuo KOGURE

Ass-professor (Criminal Law)
Faculty of Law,
Hokkaido University

Contents

- Chapt. I Preface
" II Several patterns of the problem
" III "The balance of crime-punishment" and "the balance of punishments"
" IV Comment on some problems
" V Postscript

The punishment must be in just proportion to the corresponding crime. Such requirement, we may say, originates in the principle of legality which demands not only "legal" but also "just" prescription of each punishment. In this respect, "the balance of punishments" (each other, in regard to the criminal qualifications) has an important meaning as the rod for measuring the balance of crime-punishment, since that, there would be no longer the unbalance of punishments so far as all crime-punishments keep the balance, and so the existence of the unbalance of punishments is indicative of the existence of the unbalance of crime-punishment.

These chapters are intended to make clear the theoretical meaning of the problem "the balance of punishments".