

Title	量刑における消極的責任主義の再構成
Sub Title	Rekonstruktion des negativen Schuldprinzips bei der Strafzumessung
Author	小池, 信太郎(Koike, Shintaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2004
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.1 (2004. 12) ,p.213- 322
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20041215-0213

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

量刑における消極的責任主義の再構成

小池 信太郎

第1章 はじめに

第1節 理論量刑学の必要性

第2節 本稿の目的

第2章 量刑における責任主義に関する従来の議論

第1節 責任を「基礎」とした量刑基準論

- 1 応報刑論とその量刑基準論への反映
- 2 批判

第2節 責任を「単なる上限」とした量刑基準論

- 1 問題の所在 目的刑論と量刑における責任主義
- 2 西ドイツ代案59条の基本思想
- 3 わが国の学説による展開
 - (1) 「消極的責任主義」の浸透
 - (2) 責任を「単なる上限」とした量刑基準論の自覚的展開
- 4 批判

- (1) 責任を「単なる上限」と捉えることに対する批判
- (2) 予防を第1次的な量刑基準とすることに対する批判

第3節 小括

第3章 消極的責任主義の適切な理解とその量刑論への反映

第1節 問題の所在

第2節 体系カテゴリーとしての責任の役割

- 1 責任の違法従属性
- 2 責任関連事情の評価方向
 - (1) 加重的考慮を肯定する見解
 - (2) 加重的考慮を否定する見解
 - (3) 検討

第3節 犯罪論と量刑論の関係

1 犯罪論の責任と量刑責任の区別

2 批判

第4節 責任を「単なる上限」とした量刑基準論の理論的問題点

第5節 小括

第4章 おわりに

第1章 はじめに

第1節 理論量刑学の必要性

刑の量定¹⁾に際し、諸事情をいかなる一般的基準にしたがって評価するのか(量刑基準²⁾)について、わが国の現行法には明文規定がなく³⁾、それは、裁判官の裁量に委ねられているとされている⁴⁾。もっとも、現行法が量刑不当を控訴理由(刑事訴訟法381条)ないし破棄理由(同法397条、411条2項)としていることから、量刑裁量は、裁判官の主観的恣意によるものであってはならず、客観的合理性を有するものでなければならないと考えられている⁵⁾。そ

1)「刑の量定」ないし「量刑」という用語の意味としては、松尾浩也の示した4分類が広く知られている(松尾「刑の量定」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座 第1巻 総論』[1971]337頁)。すなわち、自由刑または財産刑についての、刑期または金額(=刑の分量)の決定、それに加えて、刑種の選択、それらに加えて、執行猶予の許否、保護観察の有無、刑の免除の可否等の判断、それらに加えて、未決勾留日数の通算等の付随的処分に関する判断である。刑事訴訟法381条などという「刑の量定」は、の意味であると一般に理解されており(城下裕二『量刑基準の研究』[1995]10頁、原田國男『量刑判断の実際〔増補版〕』[2004]1頁。さらに、団藤重光『刑法綱要総論 第3版』[1990]539頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第3版〕』[1997]529頁、鈴木義男「量刑の基準」法学教室(第2期)3号[1973]36頁、井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号[1996]293頁、川崎一夫『刑法総論』[2004]387頁なども参照)本稿も基本的にその理解にしたがう。もっとも、その考察の中心は、(他の多くの文献と同じように)刑の「重さ」をめぐる判断(、、およびの一部)にあるのであって、執行猶予の許否の判断基準に関しては、別途検討しなければならない理論的問題が少なくない。

して、このことは、量刑基準が裁判官ごとに区々のものではなく、統一的なものであるということをも前提として、はじめて理解できることであろう。統一的な基準がなければ、量刑が「客観的」合理性を有するものか否かの判断は、そもそも不可能であるからである。実践的に考えても、現行刑法の特徴である犯罪類型の包括性と法定刑の広さ⁶⁾、執行猶予の形式的要件（とくに宣告刑要件）の緩やかさ、そしてわが国の刑事裁判の特徴であるきわめて高い有罪率に鑑みれば、裁判官の量刑判断が被告人の運命に及ぼす影響は決定的であって⁷⁾、一般的な量刑基準について考察することの重要性は、明らかである。

そこで、量刑基準について古くから様々な研究が行われてきた。ただ、従来の本格的な量刑研究は、どちらかと言えば実証的なそれが多かったといえる。裁判例等の集積を通じて事例類型ごとの量刑相場⁸⁾を明らかにすることによって、量刑を予測可能なものとし、またそれを参考に量刑の統一を図ろうとする研究が主流を占めてきたのである⁹⁾。とりわけ実務においては、量刑が何らかの一般的な理論によって行われうるということ自体に対して、懐疑的な態

2) 量刑論においては、「量刑事情」（＝量刑に際して考慮される具体的事情）と「量刑基準」（＝それらの事情の評価にあたってしなされる一般的原理）を区別する用語法が一般的であり（城下・前掲注（1）16-17頁、原田・前掲注（1）1頁、井田・前掲注（1）294頁、川崎・総論387頁なども参照）、本稿もそれにしたがう。

3) 起訴猶予の基準を「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないとき」とする刑事訴訟法248条が量刑においても重要な標準となると説明されることも多いが、この規定は、起訴・不起訴の判断に際し考慮されるべき具体的な「事情」を列挙するものにすぎず、それらの事情をいかなる一般的原理にしたがって評価するかという「基準」を示したものではない（強いて言えば、「訴追の必要性」がそこで示された基準である）（鈴木（義）・前掲注（1）38頁など参照）。

4) これに対して、「適用量刑」の重要性を説くのは、川崎『体系的量刑論』（1991）244頁以下。

5) 団藤・総論540頁、大塚・総論529頁、松本時夫「量刑の相場について」法の支配126号（2002）31頁、城下・前掲注（1）1頁など。

6) これについてとくに、木梨節夫「刑の量定基準に対する一考察」比較法23号

度をとる者も多い。「量刑は、具体的事件について、ケースバイケースに、諸般の(何という便利な言葉であろう!)事情を考慮して、主として直観的に決定されるものであって……理論的な分析をすることは寧ろ不適当なテーマ」であると¹⁰⁾、「1つの理論によって量刑すると理論的一貫性はあってもその理論が重要であると考えた事情のみが重視されてその他の事情が軽視される結果、刑が極端に重くなったり軽くなったりして、当事者はもとより国民一般の信頼を得られるような刑を盛ることができない」から、「量刑と刑罰理論の結びつきについては特に触れることなく……量刑に当たって参酌すべき諸事情を挙げ……裁判官の良識ある判断を期待するに止めている」最高裁判例¹¹⁾は妥当である¹²⁾というように述べられてきたのである¹³⁾。たしかに、実務家にとっての関心が、量刑判断の「実際」に集中するというのはきわめて自然なことであるし、また量刑に関して理論的見地から新たな提言を試みるにしても、現状を正確に把握しているか否かは主張の説得力に大きく影響しうるものであるから、量刑相場を可視的なものとする研究が今後も積み重ねられるべきものであると

(1986) 2頁以下。

7) 松尾・前掲注(1) 340頁、鈴木(義)・前掲注(1) 36頁、松本「量刑の手續」熊谷弘ほか編『公判法大系 第3編 公判・裁判(2)』(1975) 57頁、井田・前掲注(1) 294頁など参照。たとえば、殺人罪にあたる事実が認められた場合、その法定刑は「死刑又は無期若しくは3年以上の懲役」であり(刑法199条) また執行猶予の宣告刑要件は「3年以下の懲役」であるから(同法25条) 被告人には、執行猶予から死刑までの可能性があることになる。それを裁判官の裁量判断が左右することになるのである。

8) 量刑相場とは、長年にわたる実務の中で経験的に積み重ねられてきた量刑基準をいう。それは不文の存在ではあるが、熟達した裁判官であれば、実務経験に基づく体験的感覚、検察官の求刑、同種事案における過去の量刑判断などを手がかりとして、それを認識することに大きな苦労はないものとされる(佐伯千仞「刑の量定の基準」日本刑法学会編『刑法講座 第1巻 犯罪一般と刑罰』[1963] 117頁、松本・前掲注(5) 31頁以下、原田・前掲注(1) 3頁以下、岡田雄一「量刑 - 裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手續』[2002] 484頁など)。

9) 代表的な実証的量刑研究として(死刑選択の基準についてのものは割愛した)

いうことは、言うまでもない¹⁴⁾。わが国の刑事裁判実務が、量刑の統一性・公平性について、おおむね好意的な評価を受けてきたのも、量刑相場(および求刑、上訴審による量刑審査の制度)の存在によるところが大きいのであって^{15, 16)}、その果たしてきた役割が過小評価されてはならないということは、本稿が改めて指摘するまでもないことである。

しかしまた、実証的研究と並んで、理論的な量刑研究(理論量刑学)も軽視されてはならない。実務によって現にしたがわれている量刑の一般基準(=「存在としての量刑基準」と理論的にしたがわれるべき量刑基準(=「当為としての量刑基準」)は区別されなければならない¹⁷⁾、前者はつねに後者により検証されなければならないからである¹⁸⁾。犯罪論において、ある解釈論上の争点に関する判例理論を明らかにする作業が不可欠なものであると同時に、その理論的正当性を検証する作業もまた重要であるということは、まったく疑われないと思われるが、量刑論においても別異に解する理由はない。量刑相場は「規範的な拘束力をもつものではなく、事実的な拘束力をもつにすぎないとい

不破武夫『刑の量定に関する実証的研究』(1943)、高橋正巳「量刑の変遷について」植松正ほか編『小野博士還暦記念・刑事法の理論と現実(2)』(1951)351頁以下、同「殺人罪に対する量刑の実証的研究」司法研究報告書17輯5号(1967)、武安将光「量刑研究の方法論およびわが国における生命犯に対する量刑の特色」刑法雑誌12巻2=3=4号(1962)53頁以下、同「生命犯に対する刑の量定に関する実証的研究(続編)」法務総合研究所研究部紀要(1963)83頁以下、武安=藤広驥三「生命犯に対する刑の量定」法務総合研究所研究部紀要(1962)81頁以下、安倍治夫=山本輝夫「相関表の応用による量刑の科学的研究」ジュリスト248号(1962)36頁以下、松本一郎「戦後の量刑傾向と行刑の実際」司法研究報告書14輯6号(1963)、中利太郎「量刑の実際とその諸問題」刑法雑誌12巻2=3=4号(1962)1頁以下、中=香城敏磨「量刑の実証的研究」司法研究報告書15輯1号(1966)、前田俊郎「量刑予測研究序説-詐欺犯の執行猶予・実刑に関する計量刑事学的区分」上智法学論集8巻1号(1964)105頁以下、同「詐欺犯執行猶予予測表再論」上智法学論集9巻2号(1965)85頁以下、同「刑の量定と経験科学」研修224号(1967)3頁以下、同「量刑予測とその妥当性」団藤重光ほか編『佐伯千仍先生還暦祝賀 犯罪と刑罰(下)』(1968)441頁以下、中谷瑾子「女性犯罪と刑の

うのが実務家の一般的な捉え方であり¹⁹⁾、「相場に反しても、その事件の実質をみれば、その量刑が妥当であることはいくらでもあり得る²⁰⁾のだとすれば、そこでいうところの実質的妥当性を裏づける一般理論が明らかにされる必要があるのである²¹⁾。「一つの理論によって割り切って量刑すると……信頼を得られるような刑を盛ることができない」ということから、当該理論の不十分さが明らかになるということはあるにせよ²²⁾、そこから、量刑の理論化それ自体が放棄されてしまってはならない。このような見地から、最近では、「当為としての量刑基準」をめぐる理論的研究が活性化しているのみならず²³⁾、犯罪論や罪数論・犯罪競合論の分野でも、量刑理論との密接なかかわりが意識されている²⁴⁾。わが国において、理論量刑学は、まさしく発展の途上にあるといえよう。

ごく最近において、量刑の理論化の必要性を改めて痛感させる2つの出来事があった。その第1は、いわゆる新潟女性監禁事件最高裁判決²⁵⁾の登場である。この判決は、併合罪の場合の量刑判断のあり方について、「併合罪を構成

量定(1)・(2)・(3・完)』法学研究41巻6号(1968)1頁以下、11号(1968)25頁以下・42巻2号(1969)22頁以下、永井登志彦「自動車による業務上過失致死傷事件の量刑の研究」司法研究報告書21輯1号(1969)後藤勇「刑事交通事故事件の特質とその量刑基準」判例タイムズ253号(1970)2頁以下、松宮崇＝徳山孝之＝岩井宣子「量刑の数量化に関する基礎的研究 - 自動車事故事件について - 」法務総合研究所研究部紀要14(1971)9頁以下、同「自動車事故事件の量刑に関する研究 - 第1報告 刑種の選択について」法務総合研究所研究部紀要15(1972)109頁以下、松宮＝徳山＝黒田修生＝岩井「自動車事故事件の量刑に関する研究 - 第2報告 実刑・執行猶予の基準について - 」法務総合研究所研究部紀要16(1973)81頁以下など。最近のものとして、奥林潔「刑の量定及び無罪事例の実情」・「刑の量定及び無罪事例の実情2」判例タイムズ837号(1994)6頁以下、904号(1996)19頁以下、同「量刑についてのケース研究」判例タイムズ1066号(2001)87頁以下、同「量刑の実情」判例タイムズ1077号(2002)40頁以下、柳俊夫＝松田章＝穴戸牛朗＝渡邊俊子＝辰野真理「薬物犯罪の実態及び量刑に関する研究」法務総合研究所研究部紀要38(1995)1頁以下、柳＝古江頼隆＝安田潔「凶悪重大事犯の実態及び量刑に関する研究」法務総合研究所研究部紀要39(1996)61頁

する各罪全体に対する統一的を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいうべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決する」のであり、「処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていない」から、「量刑の当否という問題を別にすれば……処断刑の範囲内で刑を決するについて、法律上特段の制約は存しない」と判示した。これに対して、学説上は、主として併合罪加重規定（刑法47条）の立法趣旨および量刑における（行為）責任主義の見地から、批判的な態度をとるものが多い²⁶⁾。とりわけ注目に値するのは、有力な論者から、上記判決に対して、「その手堅い、優等生的ともいえる現行法解釈²⁷⁾により、量刑判断の法化と合理化に向けての発展の芽を摘んでしまった²⁸⁾」という悲観的な評価がなされていることである。しかし、若干逆説的ではあるが、上記判決は、むしろ狭義の量刑論を法化し、合理化する必要性を強く感じさせるものとみななければならないだろう。法律論レベルでの規制がルーズであれば、

以下、松田「薬物犯罪の実態と量刑(上)・(中)・(下)」警察学論集49巻1号(1996)42頁以下・2号(1996)163頁以下・3号(1996)153頁以下、原田・前掲注(1)363頁以下・384頁以下など。さらに、様々な実証的量刑研究を分類しその意義を論じたものとして、吉野絹子「量刑とその予測」木下富雄＝棚瀬孝雄編『法の行動科学』(1991)261頁以下、武士俣敦「量刑の経験的研究の理論的意義」福岡大学法学論叢38巻2＝3＝4号(1994)243頁以下、岩井『刑事政策 改訂版』(2002)226頁以下。理論学的関心からの、実務家の量刑判断に対するアンケート調査として、伊東祐祐＝小島透『『量刑と責任・予防に関するアンケート』報告』名古屋大学法政論集165号(1996)47頁以下。

- 10) 熊谷弘「量刑の事情」同ほか編『証拠法大系 証明』(1970)28頁。
- 11) 最判昭和25年5月4日刑集4巻5号756頁。「刑の量定については、事実審裁判所において、犯人の性格、年令及び境遇並びに犯罪の情状及び犯罪後の状況を考察し、特に犯人の経歴、習慣その他の事項をも参酌して適当に決定するところに委かされている」〔傍点筆者〕とする。
- 12) 松浦秀寿「量刑不当」判例タイムズ353号(1978)87頁。
- 13) そのほか、出射義夫「刑事責任論に対する一私案」獨協法学1号(1968)28頁

狭義の量刑理論を発展させることでそれを補完するほかない²⁹⁾。従来の刑法学がややもすれば陥りがちであった、「問題を量刑裁量の領域に持ち込めば、理論的な分析から解放される」というような安易な発想から脱却しなければならないのである。裁判官として量刑に関する多くの論稿を公にしている原田國男も³⁰⁾、たとえば危険運転致死罪の要件を欠く無謀運転によって一家5人を全員死亡させ(成立罪名は業務上過失致死罪)、社会の強い処罰感情を招いたところ、それとは全然関係なくたまたま見つかった万引きが追起訴されたという事案を想定した場合に、新潟監禁事件最高裁判決を前提とすれば、法律上懲役8年といった量刑も可能となりかねないことから、いわゆる責任主義による量刑規制の必要性が再認識されると述べている³¹⁾。上記の最高裁判決も、47条の解釈をめぐる前述の立場を示すにあたって、「量刑の当否という問題を別にすれば」という留保をつけているのであり、本稿の目指すような発展への道を、まったく閉ざしてしまっているわけではないと解するべきである³²⁾。

第2に、裁判員制度の導入である。「裁判員の参加する刑事裁判に関する法

以下、出射 = 松本(一)『刑法要綱』(1972)152 - 153頁、鈴木(義)・前掲注(1)39頁、松本・前掲注(5)87頁、百瀬武雄 = 安森幹彦「量刑基準と国民意識」法務総合研究所研究部紀要31(1988)2頁以下などを参照。

- 14) もっとも、最近では、量刑因子の多重回帰分析による実証的研究が低調であると指摘されている(鈴木(義)「アメリカ合衆国量刑委員会制度とその合憲性」〔岡上雅美との共同執筆〕同『日本の刑事司法再論』〔1997〕191頁)。
- 15) 鈴木(義)・前掲注(14)〔岡上雅美との共同執筆〕190 - 191頁、松本「量刑の実務と今後の課題」現代刑事法21号(2001)11 - 12頁、岡田・前掲注(8)484 - 485頁。わが国の量刑実務を、「量刑官としての裁判官の地位が検察官に従属している」として批判的に観察するのは、菊田幸一『犯罪学 4訂版』(1992)146頁。
- 16) もっとも、わが国においても、地域、担当裁判官などの諸条件による量刑格差が問題にされることがないわけではない。高橋「窃盗罪に対する量刑の地域差について」刑法雑誌3巻3号(1953)70頁以下、植松正『新版 裁判心理学の諸相』(1958)99頁以下、石原一彦「量刑地域差の是正」罪と罰24巻1号(1986)2頁以下、同「刑罰の機能発揮と量刑の適正」法の支配70号(1987)3頁以下、百瀬 = 松永榮治 = 安森 = 吉田弘之「殺人及び強盗致死事件に見る量刑の変遷と地域間較

律」は、2004年5月21日に可決・成立し、同月28日に公布された³³⁾。この法律は、公布の日から5年を超えない範囲内で、制令で定める日から施行するとされているから(附則1条)、数年後には、裁判員制度が現実に動き出すことになる。この制度において、裁判員は事実認定のみならず量刑判断にも参加することとされているが、裁判員の加わる量刑合議では、「いわく言い難い」と表現される裁判官の体験的な感覚はもはや通用しないだろう³⁴⁾。量刑を規制する諸ルールが、裁判員が納得できるような明快な論理によって示されなければ、裁判員はルールに則らないで、感情的な量刑判断を行なうことになりかねない。量刑が不合理、不透明なものとなってしまう危険性は、決して小さくないのである³⁵⁾。ここでも、原田の次の論述が注目されるべきである。「従来、量刑判断において必ずしも踏み込んだ理論的な面での検討がなされずにきた諸問題についてもきちんとした考え方を裁判員に示して説明する必要がある」、
「量刑判断の透明化と合理化は裁判員に対する説明責任を果たす上で重要である³⁶⁾。具体的には、「個々の量刑事情について、その量刑における位置づけを

差」法務総合研究所研究部紀要30(1987)1頁以下、松岡正章『量刑法の生成と展開』(2000)1頁以下など参照。

17) 両者の概念的区別は、佐伯(千)・前掲注(8)118頁に由来する。

18) Tatjana Hornle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S.61は、判例にあらわれた基準を「なぞる」ことを重視してきたドイツの従来の量刑論(とくにブルンスの見解)は、方法論的な問題性を伴うものであるとして、量刑基準の規範的な基礎づけが欠かせないものであることを強調している。

19) 原田・前掲注(1)3-4頁、伊東=小島・前掲注(9)65頁。これに対して、規範的な拘束力をもたせるべきであるとするのは、本庄武「刑罰論から見た量刑基準(3・完)」一橋法学1巻3号(2002)187頁。

20) 原田・前掲注(1)6、90-93頁。

21) 量刑相場が固定的なものではなく、時代によって変化しうるものであるということも(松本・前掲注(5)84頁、原田・前掲注(1)6頁、岡田・前掲注(8)484頁)、相場の基礎となるべき理論を探究する必要性を裏づけるものといっただろう。

22) その意味で、量刑論は「刑法理論の縮図」であり(団藤・総論541頁)、「基礎理論を帰納しあるいは検証するのに格好の素材」である(井田「量刑事情の範囲と

明確にし、かつ、それを重い方向で考慮するのか、軽い方向で考慮するのかははっきりすることが要求される³⁷⁾。ところが、「量刑事情一般については、従来必ずしも十分な理論的検討が尽くされていないから、裁判官としても、裁判員に対してより説得力ある説明をするだけの理論武装が十分にできていない。この点は今後理論量刑学及び判例による解明を待つしかない。確たる量刑ルールを持たず、裁判官の裁量に委ねられてきた量刑判断も裁判員制度の導入により変化ないし進化が必要となる³⁸⁾。このような量刑実務の要請ないし期待に応えるべく、量刑ルール的前提となるべき基礎理論を提示していくことこそが、理論量刑学の果たすべき大きな任務であるといえよう³⁹⁾。本稿は、学説の共同義務とでもいうべきかかる任務の遂行に、微力ながら参画しようとするものにほかならない。

第2節 本稿の目的

理論量刑学には、あるべき量刑に至るための理論的プロセス⁴⁰⁾の複雑性に

その帰責原理に関する基礎的考察(1)」法学研究55巻10号〔1982〕68 - 69頁)。

- 23) 実体刑法理論の見地からの、一般的な量刑基準(および量刑事情)に関する代表的研究として、佐伯(千)「刑の量定の基準」日本刑法学会編『刑法講座 第1巻 犯罪一般と刑罰』(1963)114頁以下、安平政吉『刑法理論の新展開』(1967)416頁以下、莊子邦雄「刑事責任と刑の量定 - 改正刑法準備草案第47条とドイツ刑法草案 - 」三ヶ月章ほか編『菊井先生献呈論集・裁判と法(上)』(1967)421頁以下、同「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」小川太郎編『矯正論集』(1968)17頁以下、大谷實『人格責任論の研究』(1972)296頁以下、阿部純二「刑の量定の基準について(上)・(中)・(下)」法学40巻3号(1976)1頁以下・41巻1号(1977)1頁以下・4号(1978)41頁以下、同「刑事責任と量刑の基準」・「不定期刑と責任主義」福田平 = 大塚仁編『刑法総論』(1982)88頁以下・102頁以下、同「量刑における位置価説について」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第3巻』(1984)133頁以下、同「量刑論の現状と展望」現代刑事法21号(2001)4頁以下、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察 - 西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として - (1)・(2)・(3)・(4)・(5・完)」法学研究55巻10号(1982)67頁以下・11号(1982)34頁以下・12号(1982)

相応して、様々な分野がある⁴¹⁾。まず、実体刑法理論の見地から、何が刑の「重さ」に影響を与えるべき要素であるのかを明らかにすることが、量刑基準を定立するための出発点である。そこでは、主として刑罰目的（応報、一般予防、特別予防など）、責任主義といった刑法の基本原則について（それらの間のつながりをも含めて）考察をめぐらせることが要求され、そこでの態度決定に応じて、一般的な量刑基準（たとえば、責任の大きさを「基礎」として、その「幅」の枠内で特別予防的考慮によって最終刑を決定する、というような）が導出されることとなる⁴²⁾。そして、そこから、いかなる事情が量刑事情として考慮されるか（量刑事情の範囲⁴³⁾）、またそれらが刑を重くする方向で作用するのか、軽くする方向で作用するのか（評価方向⁴⁴⁾）についての解答が得られる。量刑事情の範囲について考察するにあたっては、いわゆる「2重評価の禁止」、すなわち、すでに構成要件要素とされている事情は、量刑において考慮してはならない（たとえば殺人罪の量刑で、「被害者が死亡したこと」を、刑を重くする方向で考慮することはできない）とする原則にも十分注意が必要である

81頁以下・56巻1号（1983）62頁以下・2号（1983）60頁以下、同「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号（1996）293頁以下、同「量刑理論と量刑事情」現代刑事法21号（2001）35頁以下、川崎『体系的量刑論』（1991）、所一彦『刑事政策の基礎理論』（1994）91頁以下、城下『量刑基準の研究』（1995）、同「求刑・量刑をめぐる理論的課題」季刊刑事弁護1号（1995）96頁以下、同「量刑事情の意義と限界」現代刑事法21号（2001）28頁以下、岡上雅美「量刑判断の構造 - 序説」早稲田大学大学院法研論集48号（1988）93頁、同「ドイツにおける『法秩序の防衛』概念の展開について（1）・（2）・（3）・（4）・（5・完）」警察研究62巻11号（1991）17頁以下・12号（1991）41頁以下・63巻1号（1992）16頁以下・2号（1992）44頁以下・3号（1992）35頁以下、同「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（1）・（2・完）」早稲田法学68巻3 = 4号（1993）77頁以下・69巻1号（1993）11頁以下、同「量刑における『威嚇予防目的』の考慮」早稲田法学70巻2号（1994）1頁以下、篠塚一彦「量刑と刑罰制度（1）・（2・完）」上智法学論集36巻1 = 2号（1992）35頁以下・39巻3号（1996）159頁以下、本庄「量刑責任の刑罰限定機能について（1）・（2・完）」一橋研究24巻1号（1998）79頁以下・24巻2号（1998）113頁以下、同「刑罰論から見た量刑基準（1）・（2）・

（もっとも、その妥当根拠・範囲については争いがある⁴⁵⁾）。また最近では、量刑基準の中核をなすとされている責任（犯罪の重大性）評価にあたって、犯罪論で得られた知見を応用する可能性が自覚的に検討されている⁴⁶⁾。それは、量刑事情の客観的帰責範囲や錯誤をめぐる議論⁴⁷⁾にあらわれている。さらに、責任や刑罰目的とは直接関係しない（とも思われる）要素にも、量刑基準において何らかの位置づけが与えられるべきかについて⁴⁸⁾、反省の有無や損害回復行為・被害弁償などの行為者の犯行後の態度⁴⁹⁾、その個人的事情（たとえばすでに「社会的制裁」を受けていることや重病であること⁵⁰⁾、経済状態⁵¹⁾など）、違法捜査の存在⁵²⁾といった諸事情の量刑における位置づけをめぐる議論されている。他方、実体刑法理論の見地からは関連性を認めうる量刑事情であっても、刑事訴訟法における諸原則との関係で、その考慮が否定される場合もある。たとえば、起訴されていない（あるいは、起訴されていても、当該有罪判決における問責の対象となっていない）余罪を、実質上それを処罰する趣旨で考慮することは、不告不利の原則、適正手続の保障（憲法31条）、証拠裁判主義

（3・完）」一橋法学1巻1号（2002）173頁以下・2号（2002）111頁以下・3号（2002）159頁以下など。

24) 伊東「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討（上）福田平・大塚仁先生古稀祝賀』（1993）316頁以下、川端博＝前田雅英＝伊東＝山口厚『徹底討論 刑法理論の展望』（2000）245、251頁〔伊東発言〕、井田「罪数と犯罪競合」現代刑事法50号（2003）87頁以下、只木誠『罪数論の研究』（2004）175頁以下など。

25) 最判平成15年7月10日刑集57巻7号903頁。調査官による解説として、永井敏雄「時の判例 1 刑法47条の法意 2 刑訴法495条2項2号にいう『上訴審において原判決が破棄されたとき』の意義」ジュリスト1258号（2003）171頁以下。最高裁判決の立場を支持するのは、佐久間修「犯罪『行為』の意義とその具体的展開」現代刑事法54号（2003）96頁、井上宏「併合罪中に2個以上の有期懲役に処すべき罪がある場合における処断刑の形成方法について〔最高裁判所第1小法廷平成15年7月10日判決〕」警察学論集56巻11号（2003）190頁、古江頼隆「併合罪における量刑判断の方法（刑法47条）について判示した最高裁判決（新潟少女監禁事件）」法律のひろば56巻11号（2003）79頁、松本「併合罪と刑の量定について」研修667号

(刑事訴訟法317条)などの見地から許されないものとされていることは⁵³⁾、周知のとおりである。自白、否認や黙秘といった被告人の供述態度については、実体法的な見地からの考察に加えて、とりわけ黙秘権の保障(憲法38条1項、刑事訴訟法311条1項)との関係が検討されなければならないだろう⁵⁴⁾。このように、当為としての量刑基準およびそれを前提とした量刑事情の把握は、実体法と訴訟法にまたがる⁵⁵⁾一大問題領域を形成しているものであり、極論すれば、刑事法学における諸問題のほとんどが、少なくとも間接的には、量刑と関係があるといえる。さらにまた、以上の諸問題についてあるべき解答が得られたとしても、そこから、直ちに適切な量刑が導かれうるわけではない。量刑基準論においてとられた立場にもよるが、多くの場合、量刑の一般的基準によって判断されうるのは、ある事件における刑が相対的・抽象的にみてどの程度の「重さ」かであって⁵⁶⁾、それをいかにして絶対的・具体的な「量刑」(懲役刑の刑期・罰金刑の金額など)に変換(数量化)するのかという、量刑論に固有の問題が、いわば「最後の関門」として立ちふさがる。そこでは、量刑における法定

(2004)30頁、土本武司「刑法47条の法意 - 新潟少女監禁事件最高裁判決」判例評論542号(2004)199頁。最高裁の47条解釈を前提としながらも、量刑判断においては個々の犯罪についての量刑を念頭におかねばならないとするのは、岡上「併合罪の場合における量刑判断の方法 - 新潟女性監禁事件」判例セレクト2003(法学教室282号別冊付録)(2004)30頁、江藤孝「刑法47条の併合罪加重の法意 - 新潟女性監禁事件」志學館法学5号(2004)16頁、小林充=原田=岡上=井田「座談会『量刑判断の実際』と量刑理論」法律時報76巻4号(2004)80頁〔小林、原田発言〕。

26) 併合罪を構成する個別の罪について法定刑を超える趣旨の量刑をすることは、47条の内在的制約として許されないとする第2審判決(東京高判平成14年12月10日判時1812号152頁)に好意的なのは、安達光治「新潟監禁事件 罪刑法定主義、応報、罪数」法学セミナー582号(2003)21頁、曾根威彦「併合罪加重における罪数処理 - 新潟少女監禁事件最高裁判決を中心として - 」現代刑事法54号(2003)48頁、井田「併合罪と量刑 - 『新潟監禁事件』最高裁判決をめぐる」ジュリスト1251号(2003)79頁、松宮孝明「刑法47条による併合罪加重の方法 新潟監禁事件上告審判決」法学セミナー587号(2003)116頁、城下「併合罪規定の解釈と量刑

刑（および処断刑）の理論的意義⁵⁷）やいわゆる「通常事例」の意義および理論的位置づけなどが議論されることになり⁵⁸）、またその問題に数学的手法を用いてアプローチする研究⁵⁹）も存在している。

量刑基準の問題を離れ、量刑手続そのものに目を向ける場合、量刑事情の証明方法（厳格な証明か自由な証明か）⁶⁰）、最近導入された被害者の意見陳述（刑事訴訟法292条の2）と量刑の関係⁶¹）、裁判員制度における量刑判断のあり方⁶²）、検察官の求刑の意義⁶³）、情状弁護のあり方⁶⁴）、上訴審の量刑審査のあり方⁶⁵）などが議論され、また立法論としても、いわゆる手続2分論や判決前調査制度の導入⁶⁶）、判決における量刑理由の記載の義務化⁶⁷）など、多くの論点がある⁶⁸）。アメリカ合衆国で実施されている量刑ガイドライン制度をめぐる議論⁶⁹）は、量刑基準と量刑手続の双方にまたがるものであるといえよう。

それぞれ重要であるこれらの問題領域のうち、本稿が検討対象とするのは、量刑における責任主義、とりわけ量刑において「責任」という概念が果たすべき役割である。「責任なければ刑罰なし」という責任主義が、量刑においても妥

理論 新潟女性監禁事件最高裁判決の検討」季刊刑事弁護36号（2003）16頁、奈良俊夫「社会の処罰感情と法理論」白門56巻1号（2004）34頁、諏訪雅顕「最近の刑事司法の問題性と本来あるべき姿 - 新潟監禁事件と東電OL殺人特別抗告事件をめぐって - 」信州大学法学論集3号（2004）156頁、照沼亮介「被害者保護と刑罰」伊東研祐編著『はじめての刑法』（2004）77頁、丸山雅夫「罪数」町野朔ほか編『ロースクール刑法総論』（2004）143頁、只木「刑法47条の法意」ジュリスト臨時増刊（1269号）平成15年度重要判例解説（2004）164頁、町野『プレップ刑法〔第3版〕』（2004）241頁。

27) 刑法47条は、処断刑の算出方法をきわめて形式的かつ明確に定めており、最高裁の解釈が文理上自然なものであることは否定しがたいだろう。加えて、併合罪の場合には各罪を総合した全体的犯情に対して直接に1つの刑を量定するという基本姿勢は、実務・学説が従来から（黙示的に）認めてきたものである。たとえば、殺人罪の量刑に関し、「殺害された被害者の数」が重要な量刑事情であることは争われていないように思われるが、これは、併合罪を構成する各罪全体に対して直接的に1つの刑を決するということを前提としなければ理解しがたいことである。1罪ごとに量刑するのであれば、殺人罪は被害者1名ごとに1罪である以

当しなければならないということについては、現在争いがないといってよい⁷⁰⁾。しかしながら、「責任主義といってもその内容は学説上いわば区々に分かれる」⁷¹⁾とされているように、量刑における責任主義の「中身」については、様々な理解ないし主張があり、とりわけそれが刑罰目的といかなる理論的關係にあるのか、そこでいう「責任」とは何か、「責任」は量刑においていかなる役割を果たすのかといった諸問題に関しては、いささか混乱した理論状況があるように思われる。当為としての量刑基準の定立を目指した理論的考察を行なうにあたって、そのような状況を放置することができないのは当然であって、本稿では、この「混乱」の内容を示し、それに適切に整理し直すことが目指されることになる。

そのためには、まず、量刑における責任主義（の役割）に関して、従来いかなる理解が存在してきたのかを明らかにする必要があるだろう。そして、この点については本論で述べることになるので⁷²⁾、ここでは、概観を示しておくにとどめる。量刑における責任主義とは、伝統的な理解によれば、刑量が責任

上、被害者の「数」は量刑事情たりえないからである。

28) 井田・前掲注(27)79頁。同旨、只木=川端「対談・罪数論の史的発展と現状」現代刑事法63号(2004)30頁。

29) 法定刑の広範さ、執行猶予の許否について「情状により」という漠然とした基準しか示していないこと(刑法25条)、またそもそも一般的な量刑基準を規定していないことなどに顕著にあらわれているように、現行法の基本姿勢が、「法律上は裁判官の裁量の幅を広くとっておいて、その適切妥当な判断を期待する」というものであることは、疑いえない。理論量刑学の任務は、その「適切妥当」の中身を、理論的に検証可能なモデルとして示すことにほかならない。

30) 原田が1997年以降に著した論文14編を集めたものとして、原田・前掲注(1)。

31) 原田・前掲注(1)348-349頁。

32) ただ、上告審判決が、破棄自判において第1審判決〔新潟地判平成14年1月22日判時1780号150頁〕の量刑判断を是認する際、何の理由も示さなかったのは、残念である。なお、小林=原田=岡上=井田・前掲注(25)80-81頁〔原田発言〕は、新潟監禁事件では監禁と万引きの間に密接な関連性が認められることが重要であり、そうでない事案には、最高裁判例の「射程」は及ばないことを示唆している。

に「応じた」ものでなければならないことを意味する。これによれば、責任は、単に刑罰を消極的に限定する（上限を画する）のみならず、積極的に根拠づける（構成する）役割を果たすこととなり、量刑の第1次的な基準となる。改正刑法草案説明書が、同草案48条⁷³⁾について、「近代刑法の基本原理の一つである責任主義の原則は、犯罪の成否についてだけではなく刑の量定においても貫徹されなければならない……量刑において刑事政策的な配慮をすることがいかに重要であるとしても、これを根拠にして犯人の責任と釣合いのとれないほど重い刑又は軽い刑が言い渡される余地を認めるのは、犯人の地位をあまりにも不安定なものとするおそれがあることなどから、責任に応じた量刑という原則を第1次的なものとして第1項に規定し〔た〕」（傍点筆者）としているのは、その典型ということができらう⁷⁴⁾。かかる理解を、本稿では、責任を「基礎」⁷⁵⁾とした量刑基準論と呼ぶ。これに対して、近時は、量刑における責任主義とは、量刑が責任に相当する刑量を超過してはならないということのみを意味するという理解もある。これによれば、量刑における責任は、単に消極

これは興味深い指摘ではあるが、そのような「密接な関連性」が個別行為責任の合算を超えた量刑を正当化する理由となりうるかは、なお検討が必要である。

33) この法律の概要については、上富敏伸「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の概要」法律のひろば57巻7号（2004）56頁以下。裁判員制度における量刑のあり方を論じたものとして、松本「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」法曹時報55巻4号（2003）1頁以下、本庄「裁判員の量刑参加」一橋論叢129巻1号（2003）22頁以下、原田・前掲注（1）327頁以下・345頁以下、小林＝原田＝岡上＝井田・前掲注（25）84 - 85頁。

34) 原田・前掲注（1）347 - 348頁など参照。

35) 原田・前掲注（1）351頁。小林＝原田＝岡上＝井田・前掲注（25）85頁〔小林発言〕は、裁判員は行為責任要素よりも反省の有無、被害者の処罰感情を重視するおそれがあり、裁判官の側からのチェックが必要であるとする。

36) 原田・前掲注（1）348頁。

37) 原田・前掲注（1）350頁。

38) 原田・前掲注（1）352頁。

39) このことは、当然ながら、実務をそのまま正当化する理論を作り上げることが

的に刑罰を限定する（刑量の上限を画する）だけであって、第1次的な量刑基準とはなりえない。「責任と釣合いのとれないほど軽い刑を排除することは、責任主義の要請ではない。責任は、刑の上限を画するものであって、その範囲内（以下）で犯人の再社会化に必要であるかぎり軽い刑を言い渡すことを妨げるものではない...草案の『積極的責任主義』を表した第1項の表現は、『刑罰は、責任の程度を超えてはならない』という趣旨の表現に改められるべきである」〔傍点原著者⁷⁶⁾〕という主張が、その内容を明快に伝えている。かかる理解を、本稿では、責任を「単なる上限⁷⁷⁾とした量刑基準論と呼ぶ。このような考え方は、近時の学説において有力といえる、責任主義はあくまで「責任なければ刑罰なし」という消極的な処罰限定原理でなければならないとの理解（「消極的責任主義」）に基づいて主張されているものである。もっとも、そのような考え方に対しても、責任を「基礎」とした量刑基準を直ちに非生産的な応報思想であると批判したり、それに「積極的責任主義」というレッテルを貼って片づけることは、問題をあまりにも単純化するものであるという反論⁷⁸⁾が

望まれるという意味ではない。解釈学的検討の結果、実務上考慮されている事情であっても、その量刑関連性が否定されることは、十分にありうる。

- 40) 量刑判断の理論的プロセスに関するドイツの議論を紹介したものとして、井田・前掲注(23)「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)」76頁以下、岡上・前掲注(23)「量刑判断の構造 - 序説」96 - 97頁、117頁注6、川崎・前掲注(4) 35頁以下、城下・前掲注(1) 13頁以下。最近のドイツにおいては、それをさらに細分化する方向で分析が進められている。Vgl. Hans-Ludwig Gunther, Systematische Grundlagen der Strafzumessung, JZ 1989, S.1026; Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 2002, Rn.502ff.; Bernd-Diter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, S.142ff.; Wolfgang Joecks/ Klaus Miebach (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 2003, § 46, Rn.20 (Ulrich Franke) usw.
- 41) 量刑研究の諸分野を概観したものとして、城下・前掲注(23)「求刑・量刑をめぐる理論的課題」96頁、小島「量刑の評価過程と数量的構造(1) - 量刑における数学モデルの検討を中心として - 」法政論集168号(1997) 6頁以下。
- 42) 前掲注(23)で示した諸文献を参照。

なされており、議論は膠着状態にあるといえる。

問題は、このような対立状況に対して、いかなる態度をとることが適切であるかということである。結論を先に述べれば、本稿は、たしかに責任主義は消極的な処罰限定原理であって、処罰を積極的に根拠づけるものではないが、しかし量刑基準論としては、責任を「基礎」とした量刑基準論が正当であると考えられるものである。その理由として、1つには、責任の重大性は刑量の上限を画するだけであり、具体的な量刑は、その上限を下回るかぎりでもっぱら予防の必要性に応じて行なわれるという量刑基準は、あまりにも非現実的なものであることが挙げられるだろう⁷⁹⁾。予防の必要性に応じて、それにもっとも適切な刑を量定するなどということは、現在および近い将来における経験的知見の下ではおよそ不可能とすらいえるし、仮に可能であったとしても、不当な結論を生むことが予想されるのである。ただ、本稿は、そのことを強調するだけでは、責任を「単なる上限」とした量刑基準論を反駁するには不十分であると考えている。責任主義が消極的な処罰限定原理にすぎないとすれば、責任には刑

43) 前掲注(23)で示した文献(とりわけ比較的最近のもの)の多くは、一定の量刑基準(ないしその前提となる刑法理論上の諸原則)を前提に、考慮されるべき量刑事情の限界を論じる。

44) これについて、林美月子「量刑事情と評価方向」神奈川法学27巻2 = 3号(1992)135頁以下。

45) これについて、林(美)「量刑における二重評価の禁止」神奈川法学26巻1号(1990)135頁以下。

46) 岡上・前掲注(23)「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(2・完)」50頁以下、本庄・前掲注(23)「量刑責任の刑罰限定機能について(2・完)」132頁以下など。本稿の方向性(後掲第3章参照)も、これに属するものである。

47) 井田・前掲注(23)「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察」、岡上・前掲注(23)「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(2・完)」22頁以下など。

48) 責任にも予防にも関係しない量刑事情を否定するのは、城下・前掲注(23) 32頁。肯定するのは、井田・前掲注(1) 305頁。規範的責任とは別に可罰的責任というカテゴリーを設け、そこで犯罪後の事情を考慮すべきだとするのは、岡上・前掲注(23)「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(2・完)」64頁以下。

量の「単なる上限」としての役割しか与えられないはずだという論理は、少なくとも一見したところでは、相当程度の説得力をもつのであって、この点について理論的に確固とした反論が示されないかぎり、責任を「基礎」とした量刑基準論を主張するには、一抹の「後ろめたさ」がついて回ることになるだろう。本稿の第1の目的は、「消極的責任主義」の多義性⁸⁰⁾から生じる理論的な混乱を整理し、その本来の(適切な)理解を示すことによって、それが責任を「基礎」とした量刑基準論と何ら矛盾するものではないことを論証する(それによって、上記の「後ろめたさ」を解消する)ことにほかならない⁸¹⁾。

もっとも、本稿の主張内容はそれに尽きるものではない。というのも、本稿で支持されることになる消極的責任主義の本来の(適切な)理解は、多数の論者において、実質的には骨抜きにされているということが、それらの論者の個別的解釈によって明らかになるのである。多数説は、一方で責任は消極的な限定原理であると主張しつつ、他方において、ある事情の存在によって違法性の程度は変わらないが、責任のみが重くなると評価される場合に刑が加重されう

49) その量刑における考慮については、川崎・前掲注(4)133頁以下、234頁以下、城下・前掲注(1)145頁以下、高橋則夫『刑法における損害回復の思想』(1997)198頁以下、宮崎英生「刑法における損害回復」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第4巻』(1998)245頁以下など。

50) それらの量刑における考慮については、川崎・前掲注(4)188頁以下、井田・前掲注(1)304-305頁、原田・前掲注(1)19頁など。

51) これに関連して、いわゆる罰金分納制や日数罰金制の導入の是非も、立法論として議論される。平野龍一『犯罪書処遇法の諸問題』(1963)145頁以下、森下忠『刑法改正と刑事政策』(1964)45頁以下、福田平『刑法解釈学の基本問題』(1975)157頁以下、宮澤浩一『刑事政策の動き』(1981)277頁以下、浅田和茂「財産刑の改正について」斉藤誠二ほか編『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀 下巻』(1995)675頁以下、井田「ドイツにおける日数罰金制」斉藤誠二ほか編『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀 下巻』(1995)703頁以下など。

52) 捜査手続における違法を、被告人に有利な方向で考慮した裁判例として、浦和地判平成元年12月21日判タ723号257頁、浦和地判平成3年9月26日判タ797号272頁。文献として、高田昭正「違法な強制捜査と量刑」法学セミナー428号(1990)

ること（＝責任の加重的考慮）を、様々な場面で肯定している。そのような理解には問題があるということを示し、消極的責任主義の適切な理解を量刑論においても徹底すべきこと、すなわち、狭義の責任にのみ関連する量刑事情の評価方向を、刑罰軽減方向へと限定すべきことを改めて主張するのが、本稿の第2の目的である⁸²⁾。

そこで以下、本論に入ることとするが、考察に際しては、ドイツ刑法学における議論をつねに参照するということを、予め断っておきたい。ドイツでは、刑法典に一般的な量刑基準が規定されているということもあって⁸³⁾、量刑理論がわが国に先行して発展・深化を遂げている。代表的な体系書やコンメンタールにおいて、量刑に関する記述にかなりのスペースが割かれているほか、量刑に関するモノグラフィも大量に公刊されており、それらの全てに目を通すことはもはや不可能といえるほどである。その膨大な情報の中には、わが国の量刑理論にとっても意義深い（がまだ定着していない）知見も多く含まれており、それらを見極めつつ取り入れていくことは、正しい結論に至るための（唯

121頁、本田守弘「薬物事犯における捜査手続の違法と量刑」捜査研究480号（1991）15頁以下、同「刑事判例研究〔291〕」警察学論集49巻10号（1996）217頁以下、指宿信＝城下「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」判例タイムズ819号（1993）50頁以下、城下「量刑事情としての『捜査手続の違法』・再論」浅田和茂ほか編『刑事・少年司法の再生 梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集』（2000）423頁以下、長沼範良「演習 刑事訴訟法」法学教室206号（1997）117頁、藤井敏明「量刑の根拠」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法』（1998）203頁以下、宇藤崇「捜査手続の違法に対する事後的処理について」刑法雑誌38巻2号（1999）16頁以下、松岡・前掲注（16）329頁以下、原田・前掲注（1）152頁以下など。

53) 最判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁、最判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁。余罪と量刑に関しては、おびただしい文献がある。ごく最近のものとして、原田・前掲注（1）170頁以下など。

54) 供述態度の量刑における考慮に関しては、佐伯（千）「量刑事由としての自白と否認」団藤重光ほか編『木村教授還暦記念 刑事法学の基本問題（下）』（1958）990頁以下、武安「刑の量定と犯行の否認」ジュリスト233号（1961）34頁以下、田宮

一ではないものの)合理的な道程であるといつてよいだろう。

第2章 量刑における責任主義に関する従来の議論

第1節 責任を「基礎」とした量刑基準論

1 応報刑論とその量刑基準論への反映

前章においてすでに述べたように、わが国の伝統的見解および実務は、量刑における責任主義を、責任を「基礎」とした量刑基準論の意味で捉えている。そのことは、改正刑法草案48条に示された量刑基準について、伝統的見解に属すると目される代表的論者が好意的な態度をとっており⁸⁴⁾、また実務家の多くが、同条は現に行なわれている量刑基準を追認したものにならず、それによって量刑判断のあり方が大きく変わるようなことはないというスタンスをとっている⁸⁵⁾ことから、明らかである。そして、そのような量刑基準論の理論的基礎としては、従来、刑罰理論における応報刑論が考えられてきた。

-
- 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1巻』(1963)85頁、平場安治「黙秘と量刑」法律時報38巻7号(1966)30頁以下、西村清治「量刑事情」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集 続刑事訴訟法』(1980)250頁以下、城下・前掲注(1)192頁以下、245頁、藤井・前掲注(52)203頁以下など。
- 55)さらには、予防目的をめぐる様々な問題に関連して、刑事政策とも密接にかかわる。
- 56) Vgl. Axel Montenbruck, Abwägung und Umwertung, 1989, S.69, 91.
- 57)これについて、井田・前掲注(1)308頁以下など。
- 58)これについて、林(美)・前掲注(44)135頁以下など。
- 59)小島透「量刑の評価過程と数量的構造(1)・(2)・(3・完)-量刑における数学モデルの検討を中心として-」法政論集168号(1997)1頁以下・169号(1997)1頁以下・170号(1997)1頁以下。
- 60)これについて、熊谷・前掲注(10)26頁以下、松岡・前掲注(16)281頁以下、西村清治「量刑資料」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集 続刑事訴訟法』(1980)230頁以下など。久岡康成「犯罪の嫌疑と刑の量定」立命館法学95号(1971)67頁以下も参照。

近時の学説において伝統的見解を代表する大塚仁は、次のように述べている。「刑罰における応報的原理を否定することはできない。行われた犯罪の故に犯人に刑罰を科するという基本的関係は……われわれの法確信として揺るぎないもの」であって、「刑罰には、依然、絶対主義的契機が含まれている」。「刑罰の応報的・贖罪の原理は、犯罪の程度に価値的に均衡した刑罰を要求するのであり、量刑の基調は「『応報の中における予防』(Prävention innerhalb Vergeltung)⁸⁶⁾である⁸⁷⁾。応報刑論に基づいて、「犯罪の程度」としての責任を「基礎」とした量刑基準論を志向することが明快に示されているといえよう⁸⁸⁾。

わが国の量刑実務の主流も、これと軌を一にするものである。判例が量刑基準について一般的に判示することはその性質上きわめて稀であり⁸⁹⁾、まして刑罰理論についての一般的立場を表明することはほとんどありえないといえるが、たとえば、裁判官として量刑に関して多くの論稿を著している松本時夫の論述から、量刑実務の立場がうかがえる。それによれば、犯行態様、被害の程度はもとより、動機、犯行後の行動、常習性なども含む「犯罪事実が確定され

61) これについて、斉藤豊治「量刑に関する被害者の意見陳述権」浅田和茂ほか編『刑事・少年司法の再生 梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集』(2000) 441頁以下、原田・前掲注(1)139頁以下、中島宏「被害者等の意見陳述に関する一考察」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(2003) 133頁以下など。

62) これについての文献は、前掲注(33)に示した。

63) これについて、木宮高彦「求刑に関する省察」足立進ほか編『司法研修所創立7周年記念論文集』(1955) 177頁以下、植松正「求刑の影響力」ジュリスト330号(1965) 32頁以下、井戸田侃「求刑」平野龍一編『別冊ジュリスト32号 刑事訴訟法判例百選(新版)』(1971) 114頁以下、臼井滋夫「論告・求刑」熊谷弘ほか編『公判法大系 公判・裁判(2)』(1975) 71頁以下、宗像紀夫「検察官からみた情状と量刑」自由と正義59巻6号(1978) 41頁以下、菊田・前掲注(15)・143頁以下、勝丸充啓「量刑 - 検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続』(2002) 492頁以下など。

64) 弁護人の立場から量刑ないし情状弁護について述べたものとして、高野嘉雄「情状の立証」・「弁論の方法」北山六郎監修・丹治初彦ほか編『実務刑事弁護』(1991) 183頁以下・356頁以下、同「殺人事件の弁護はどのように行うか」・「薬物

ると、これまで長年の実務の中で経験的に段階づけられた可罰性の度合に従って自らそこに具体的に限定された刑の幅（刑種及び分量）が想定される。それは、「社会の実質的違法評価（狭義の責任評価も含むというべきであろう）ないし処罰感情を基礎としこれに裏付けられたもの」である⁹⁰。「現行刑法は、基本的には、応報としての刑罰が制度化されたものと一般に理解されて」おり、この可罰性の度合は「理論的にいえば、道義的責任論を前提としていわれる行為責任の『量』におおむね対応する」⁹¹。

このようなわが国の伝統的見解および量刑実務の考え方が、ドイツにおける「学派の争い」の後に支配的となった刑罰論、すなわち責任応報が第1次的な刑罰目的であって、その枠内でのみ予防目的の考慮が許されるとする見解⁹²の影響を強く受けたものであることは明らかである。ドイツにおいてそのような刑罰論を前提とした量刑論を展開し、しばしば批判の対象として「通説」と評されてきたハンス・ユルゲン・ブルンスは、次のように説く。「決定的なのは、第1次的に贖罪概念、応報目的であり……予防目的は『付随目的』

事件の弁護はどのように行うか」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術(下)』(1994)148頁以下・337頁以下、同「格闘から生まれる情状弁護」季刊刑事弁護8号(1996)20頁以下、古口章「情状弁護について」司法研修所論集99号(1997)253頁以下、大久保哲「量刑と刑事裁判」浅田和茂ほか編『刑事・少年司法の再生 梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集』(2000)391頁以下、神山啓史「量刑-弁護の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続』(2002)495頁以下、工藤昇「結果の重大性に惑わされず適正な量刑を求める」季刊刑事弁護30号(2002)61頁以下など。

65) これについて、佐藤文哉「上訴審の機能」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第6巻 刑事手続』(1982)239頁以下、鈴木(義)「量刑の審査」熊谷弘ほか編『公判法大系 上訴』(1975)151頁以下、松岡『量刑手続法序説』(1975)193頁以下、藤野英一「刑事控訴審(事後審)における事実審査・量刑審査について」法曹時報33巻3号(1981)1頁以下、平良木登規男『刑事控訴審』(1990)51頁以下・83頁以下、小林充「控訴審における量刑判断」司法研修所論集94号(1995)64頁以下、原田・前掲注(1)82頁以下・221頁以下・263頁以下など。

66) これらについて、平野・前掲注(51)49頁以下、青柳文雄「量刑の手続と判決前

とさえ言われる⁹³⁾。なぜなら贖罪思想がつねに前面に出なければならず、一方で刑罰の威嚇・改善・保安思想の考慮は、正しい応報の観点と矛盾せず、刑罰が責任相当なものにとどまる限りで許容されるからである。「責任の大きさは、刑罰の重さを決定する。その重さが予防目的からは要請されないという場合であっても、そうである。犯罪に対する刑罰による社会的・倫理的な非難を放棄するべきではないだろう。……刑罰をその倫理的基礎から乖離させる (lösen) 者は、矛盾を犯しているという批判を受けることなく、倫理に根ざした責任をその限界付けに援用することもできない。『限界付けるものは、根拠付けもする』! 責任を……単なる限定基準に格下げしない場合にのみ、一般人および行為者に対する有効な社会心理的作用が引き出されうるのである。『鎮圧の枠内での予防』というテーゼ……予防を責任相当性の枠へと制限すること (Verkürzung) は、責任原理への固執のために支払われなければならない代償なのである」^{94 95)}。

調査」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 第2巻』(1964)310頁以下、岩瀬徹「手続『2分』論」熊谷弘ほか編『公判法大系 公判・裁判(1)』(1975)139頁以下、同「手続2分論」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979)200頁以下、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造 下巻』(1997)589頁以下・597頁以下、垣花豊順「手続2分論」松尾浩也 = 井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(1991)180頁以下、石松竹雄「手続2分論の見直し - 冤罪防止の見地から - 」井戸田侃ほか編『竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集 誤判の防止と救済』(1998)57頁以下など。

67) これについて、大谷『刑法改正とイギリス刑事法』(1975)167頁以下。現行法における量刑理由の記載のあり方について、原田・前掲注(1)64頁以下。安原「情状弁護のあり方について」季刊刑事弁護8号(1996)28頁も参照。

68) 以上の個別問題を含め、量刑手続について一般的ないし全般的に論じたものとして、藤野「量刑の性格と手続について」判例タイムズ50号(1955)487頁以下、松尾・前掲注(1)37頁以下、久岡「量刑」ジュリスト500号(1972)450頁以下、松本・前掲注(7)67頁以下、同「刑の量定」松尾浩也 = 井上正仁編『ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点 [第3版]』(2002)202頁以下、松岡・前掲注(65)12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28号

2 批判

しかしながら、伝統的な量刑論が前提としてきた素朴な応報刑論は、ドイツにおいても、わが国においても、現在では通説的地位を失っているといつてよいだろう。批判には様々なものがあるが、周知のように、おおむね次の4点に整理できる。

第1に、古典的な批判として、自由意思の証明不可能性が挙げられる⁹⁶⁾。伝統的見解の採用するいわゆる道義的責任論は、一般に(相対的)意思自由論によって基礎づけられているが⁹⁷⁾、人間の意思が自由であるかは不可知であるといえるし、たとえ一般的な意味での自由意思の存在を認めたとしても、個別事例において他行為が可能であったことを立証することは不可能であり、それにもかかわらず処罰するのは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則からみて問題があるとされるのである。第2に、「応報的正義の実現」というような観念のないし形而上学的な目的を追求することは、国家権力の範囲外であるとの批判がある⁹⁸⁾。現代国家における刑罰は、あくまで社会の共同生活を維持

(1976) 59頁以下・29号(1977) 17頁以下・31号(1977) 44頁以下、朝岡友幸「量刑の手續」佐々木史朗ほか編『刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズNo.7)』(1980) 208頁以下、大野平吉「刑の量定手續序説」朝倉京一ほか編『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』(1992) 536頁以下など。

69) これについて、林(幹)『刑法の現代的課題』(1991) 206頁以下、菊田「アメリカにおける量刑改革と犯罪者対策」法律論叢63巻4 = 5号(1991) 141頁以下・6号(1991) 1頁以下・64巻1号(1992) 25頁以下、中村秀次「刑の量定 - 合衆国量刑委員会の連邦量刑指針 - 」熊本法学72号(1992) 55頁以下、篠塚「合衆国連邦量刑ガイドライン」上智法学論集31巻3号(1988) 131頁以下、鈴木(義)・注(14)〔岡上との共同執筆〕168頁以下、同「アメリカ合衆国量刑基準の展開」同『日本の刑事司法再論』(1997) 198頁以下、岡部泰昌「合衆国(連邦)量刑指針」阪大法学46巻6号(1997) 279頁以下など。

70) 大塚「第38条~42条 前注」同ほか編『大コンメンタール刑法 第2版 第3巻〔第38条~第42条〕』(1999) 9頁、大谷『新版刑法講義総論〔追補版〕』(2004) 327頁、川端『刑法総論講義』(1995) 379頁、城下・前掲注(1) 110頁、井田・前掲注(1) 297頁、原田・前掲注(1) 349頁など。

するため(法益を保護するため)の手段なのであって、責任応報それ自体を刑罰目的として考えることは不当であるというのである。憲法学における「内在的制約説」⁹⁹⁾に依拠して応報刑の違憲性を説く見解¹⁰⁰⁾も、この延長線上に位置づけられるだろう。第3に、応報刑論は、必罰主義ないし「積極的責任主義」につながるから不当であるとの批判も、とくにわが国で頻繁に行われている。すなわち、「正義の実現」を目的とする応報刑論によれば、「刑罰を加えること自体がいいことであり、悪い行為があれば『必ず罰せよ』とする傾きがある」とされるのである¹⁰¹⁾。第4に、行刑への影響を懸念する向きも強い¹⁰²⁾。応報刑論によれば刑罰の本質は「害悪の賦課」であるとされる以上、刑務官は「人間に対して痛苦を加えることのみを専らにする職務を行うという恐るべき任務」¹⁰³⁾を負うこととなり、受刑者の権利・利益に十分に配慮すべき現代的な行刑観とは調和しないと主張されるのである。

これらの批判の当否を個別的に検討することは、本稿の主たる目的ではないので、それについては深く立ち入らないが¹⁰⁴⁾、少なくとも、責任に報いるこ

71) 原田・前掲注(1) 349頁。宮澤「責任主義」中山研一ほか編『現代刑法講座 第2巻 違法と責任』(1979) 169頁以下も参照。

72) 後掲第2章。

73) 改正刑法草案48条は、「刑は、犯人の責任に応じて量定されなければならない」(第1項)、「刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない」(第2項)、「死刑の適用は、とくに慎重でなければならない」(第3項)と規定する。改正刑法準備草案47条も、第3項の前端に「刑の種類及び分量は、法秩序の維持に必要な限度を越えてはならない」という一文が加わるほかは、これと同じである。

74) 荘子・前掲注(23)「刑事責任と刑の量定 - 改正刑法準備草案第47条とドイツ刑法草案 - 」458頁、阿部・前掲注(23)「刑の量定の基準について(下)」41頁以下、川端・総論62頁なども参照。

75) わが国の刑法改正作業において、責任に「応じた」という表現とこれを「基礎とした」という表現では、後者の方が前者に比較して刑事政策的考慮を働かせる

とそれ自体は処罰の積極的な目的たりえないという第2の批判は、現在の学説に広く受け入れられていると見てよいだろう。「世俗的な共同体におけるあらゆる国家の活動は、有用で現実的な帰結への到達に向けられた目的を前提とする」¹⁰⁵⁾ということには、現在おそらく誰も反対しないからである。

もっとも、このような評価に対しては、「応報刑論は、必ずしも観念的な正義の実現ないし責任応報それ自体を刑罰目的として捉えるものではない」という反論がありうるだろう。刑罰の「目的」は犯罪予防を通じた法益保護であるが、なおその「本質」は応報原理に則ったものでなければならず、罪刑均衡の範囲内で行なわれなければならないというニュアンスで刑罰論が語られることが、かなり多いように思われるのである¹⁰⁶⁾。しかしながら、刑罰という人工的な制度について、それによって追求される「目的」を離れた「本質」をア prioriに想定することは、困難である¹⁰⁷⁾。法益保護を「目的」とする刑罰が、その「本質」において応報原理に則っていなければならないということを主張するのであれば、それを主張する側で、かかる命題の妥当根拠を明らかにする

余地が広い（責任の拘束性が弱い）という理解の下に、どちらが妥当かという議論が行なわれたことがあったが（ 莊子・前掲注(23)「刑事責任と刑の量定 - 改正刑法準備草案第47条とドイツ刑法草案 - 」1頁以下、阿部「刑法改正と犯罪論」ジュリスト498号〔1972〕38 - 39頁、同・前掲注(23)「刑事責任と量刑の基準」98頁。なお、団藤・総論543頁注4も参照）、この表現の差異にそのような内容的差異が必然的に伴うとは思われない（鈴木（義）・前掲注(1)38 - 39頁）。本稿は、この表現の違いにこだわらず、両者を同義のものとして（＝責任を量刑の第1次的な基準とするという意味で）用いることとする。

76) 浅田「責任」中義勝ほか編『刑法1 総論』（1984）186 - 187頁。

77) 責任が広い意味での上限としての機能を持つことは広く認められており、ここでの問題は、量刑における責任の役割がそれに限られるのか（「単なる」上限か）ということである。Vgl. Christopher Erhard, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992, S.312ff.

78) 井田「現代刑事法学の視点 岡上雅美『ドイツにおける「法秩序の防衛」概念の展開について』」法律時報64巻9号（1992）84頁、同「相対的応報刑論とは何か。」法学教室93号（1988）116頁、同・前掲注(1)295 - 296頁も参照。

必要があるといえるだろう。その意味で、従来の伝統的見解は、少なくとも説明が不十分であったということは否めないのである。

第2節 責任を「単なる上限」とした量刑基準論

1 問題の所在 - 目的刑論と量刑における責任主義 -

以上のように、最近の学説は、刑罰目的としての応報に対してきわめて冷淡である。現在では、刑法ないし刑罰の目的は、広い意味での法益保護にあるということが、圧倒的に多数の論者によって承認されており、目的刑論（予防刑論¹⁰⁸⁾）が通説的地位を占めているといっても過言ではない¹⁰⁹⁾。

もっとも、その場合の量刑基準論における課題は、「量刑における責任主義」をいかに確保するかということにある。そのことは、刑罰論から応報的契機を一切排し、目的刑論（教育刑論）を徹底して主張した牧野英一の次の論述を参照すれば、容易に理解できるだろう。「量刑は刑罰がその効を奏すように定められなければならない」から、その基準は、「犯人の刑罰適応性」である¹¹⁰⁾。量

79) 後掲第2章第2節4。

80) 後掲第3章第1節。

81) 後掲第3章第4節。

82) 後掲第3章第2節および第3節。

83) ドイツ刑法46条は、「量刑の原則」として、次のように規定する。「行為者の責任は、刑の量定の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与えると期待しうる効果を考慮するものとする」(1項)「刑の量定にあたり、裁判所は、行為者にとって有利な事情及び不利な事情を相互に比較衡量する。その際、特に、次のことを考慮する。行為者の動機及び目的、所為によって示された心情及び所為に際して向けられた意思、義務違反の程度、所為遂行の態様及びその責めに帰すべき結果、行為者の前歴、その一身的及び経済的状態、並びに、犯行後の行為者の態度、特に、損害を賠償するための努力、並びに、被害者との和解をなそうとする行為者の努力」(2項)「すでに法律上の構成要件の要素となっている事情は、これを考慮してはならない」(3項)。

84) 団藤・総論542頁、福田『全訂刑法総論〔第3版増補〕』(2001)339頁、大塚・総論531頁など。改正刑法準備草案理由書93頁〔小野〕も参照。

刑基準を立法化するに際しては、「責任という語が無用」であり、また、「不定期刑を原則とすることが、理論的にも、実際的にも、妥当」である¹¹¹⁾。現行刑法が窃盗罪の法定刑の上限を旧刑法の懲役4年（原則）から10年に引き上げたことについて、「靴1足傘1本に因って懲役10年かというようなことが喧伝せられ……たのであるが、いつしか、かような批評は声を潜めることになった」。「社会一般が、一応の常識上、軽いものと見る場合においても、特別予防の必要上、場合に依っては刑が重からねばならぬ」¹¹²⁾。「行為者の反社会性を矯正するに役立つがぎり…（たとえば、累犯例）それをいわゆる責任の限度において打ち切るというのでは、刑は、むしろ観念的なものたるにとどまり、社会的に何等の有用性のない」ものになってしまう¹¹³⁾。要するに、目的刑論を徹底する場合、責任（犯罪）が軽い場合でも予防的に必要ならば刑は重くあるべきで、逆もまたしかりであるから、量刑においては、回顧的な責任の重大性を度外視して、予防の必要性に応じて刑を量定するべきだというわけである¹¹⁴⁾。しかしながら、とくに戦後の学説の多くは、国家による予防目的の追求に歯止

85) 鈴木（義）・前掲注（1）38頁、松本「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法体系 第6巻 刑事手続』（1982）164頁、中野次雄『刑法総論概要 第3版補訂版』（1997）238頁、小田健司「裁判所からみた情状と量刑」自由と正義59巻6号（1978）35頁、百瀬＝安森・前掲注（13）6頁、原田・前掲注（1）5頁、岡田・前掲注（8）482頁など。なお、前述の実務家アンケートにおいて、量刑における責任と予防の関係に関して、有効回答者42名中21名が、「まず責任に相当する刑を決定し、責任相当と思われる範囲内で予防的考慮を取り入れ、刑を加減する」としている（伊東＝小島・前掲注（9）57頁）。

86) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, A.T., 4.Aufl., 1971, S.838. の引用である。

87) 大塚・総論48、530頁。

88) このような系統に属すると思われるわが国の刑罰論・量刑基準論として、植松『再訂刑法概論 総論 第8版（再訂版）』（1974）32頁以下、同「量刑の基準」時の法令352号（1960）352頁、安平・前掲注（23）419頁以下、莊子『刑法総論〔第3版〕』（1996）58 - 60、72頁、同・前掲注（23）「刑事責任と刑の量定 - 改正刑法準備草案 第47条とドイツ刑法草案 - 」458 - 459頁、福田・総論18 - 22、338 - 340頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕第3版』（1995）559頁以下、内田文昭『刑法概要 上巻』

めがかからなくなることを警戒して、このような帰結には否定的であった。そこで、責任応報思想による刑罰の積極的な根拠づけを回避しながら、量刑における責任主義を維持する（とくに、犯罪に照らして重すぎる刑罰が科されないようにする）ための理論的方策が要請されることとなったのである。

2 西ドイツ代案59条の基本思想

その要請を満足させる試みとして、わが国でもよく知られたものに、西ドイツ刑法改正1966年代案の構想がある。これは、西ドイツにおける戦後の刑法改正作業¹¹⁵⁾において、1962年政府草案¹¹⁶⁾が旧態依然としたものであると批判する若手・中堅学者グループによって起草されたものである¹¹⁷⁾。代案は、刑罰目的と量刑基準に関して次のように規定した。

西ドイツ刑法改正1966年代案

2条（刑罰と処分の目的及び限界）

（1995）68、72頁、金澤文雄「刑罰の目的」倉見慶記編『矯正協会百周年記念論文集 第1巻』（1988）201頁以下、板倉宏『刑法総論』（2004）26頁、佐久間『刑法講義〔総論〕』（1997）9頁、同「罪刑法定主義と量刑の原則」現代刑事法3号（1999）104 - 105頁、加藤久雄「刑罰と保安処分」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第1巻 - 基礎理論、刑罰論』（1992）168 - 169頁など。

89) 最判昭和23年10月6日刑集2巻11号1275頁は、「犯人の所罪は……特別予防及び一般予防の要請に基づいて各犯罪各犯人毎に妥当な処置を講ずる」ものである以上、犯情のある面では類似した2人の犯人に量刑の差を設けることも憲法14条に反するものではないとしているが、そこでは、特別予防と一般予防がいかなる関係にあるのか、責任にはいかなる役割が与えられるのかは明らかにされていない（正田満三郎「犯情による科刑の差異と憲法14条の解釈 - 不当に長く抑留拘禁された後の自白の意義」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第10巻』（1953）11頁参照）。また、有名な永山事件最高裁判決（最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁）は、死刑選択の基準として、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性、残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等を含めた「情状を併せ考察したとき、そ

- 1 項 刑罰と処分は、法益の保護と行為者の法共同体への復帰に役立つものとする。
- 2 項 刑罰は行為責任の量を越えてはならず、処分は公の利益が優越する場合にのみ命ぜられる。

59条（量刑の基本原則）

- 1 項 行為責任が刑の最上限を決定する。行為責任は、加重する事情と軽減する事情の総合により判断される。法律上の犯罪要素は、反復して用いられてはならず、行為者の責に帰すべからざる所為の結果は考慮されてはならない。犯行前後の態度は、それが行為責任の量を推論せしめる限りでのみ考慮することができる。
- 2 項 行為責任によって決定された量は、行為者の法共同体への復帰又は法益の保護が必要とする限りでのみ用いることができる。

クラウス・ロクシンは、1960年代から1970年代前半にかけて、刑罰目的と責任主義に関して次のような見解を主張して、代案の理論的基礎を提供するとともに、ドイツおよびわが国のその後の学説に多大な影響を与えた。すなわち、

の罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも、一般予防の見地からも、極刑がやむを得ない」ことを掲げている。しかしここでも、罪刑均衡と一般予防の関係は明確でなく「基準」を読み取れるものではない（百瀬「殺人罪における量刑」石川弘＝松本時夫編『刑事裁判実務大系 第9巻 身体的刑法犯』（1992）227頁）。量刑基準に関するわが国の判例の態度に批判的なのは、岡上・前掲注（23）「量刑における『威嚇予防目的』の考慮」59頁以下、城下・前掲注（1）35頁以下など。

90）松本・前掲注（85）156 - 157頁。

91）松本・前掲注（15）14頁。

92）そのような傾向に属する諸見解は、応報的統合説（die vergeltenden Vereinigungstheorien）と呼ばれる（Vgl. Claus Roxin, Strafrecht A.T. Bd. I, 3.Aufl., 1997, §3, Rn.33ff. [=平野龍一監修・町野朔＝吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論 第1巻 基礎・犯罪論の構造Ⅰ第3版』（翻訳第1分冊）（2003）】）。

93）責任を「基礎」とした量刑基準論をとる場合に、「副次的に」予防目的を考慮することができるか（予防目的による「微修正」が認められるか）否かは、量刑における責任の役割とは 関連するもの 一応別問題である（阿部・前掲注

現代の民主主義国家において責任応報思想(による刑罰の根拠づけ)はもはや維持できない以上、「共同体秩序の維持が処罰の目的だということを率直に認めて、そのうえで、かかる目的のために個人に対して刑罰をもって対処することが正当であるのかどうか」を問題にしなければならない。その場合、「国家刑罰権の基礎づけのためには適切でない」と明言しておいた責任というものを、それにもかかわらず今度は刑罰権の限界づけのために用いる」ことができる。というのは、「国家権力に枠付けを与えるために責任概念を利用すること」は、国民にとって「有利な方向にのみ働く」ものであるので、応報刑論を採用するネックとなっていた「意思自由の問題も、安んじて未解決のままにしておくことができる」からである¹¹⁸⁾。すなわち、「応報の基礎としての責任概念は無用であり、放棄されるべきであるが、しかし、刑罰限定原理としての責任概念は、保持されなければならない、またこの機能を営む限りでは、理論的にも基礎づけることが可能である」。したがって、量刑基準としては、「責任の量は、量刑において特別予防・一般予防が必要とするかぎりでは用いられるべきだとする代案

(23)「刑の量定の基準について(下)」41頁参照)。その問題については、念頭に置かれるべき事例類型の分析、不法・責任評価における予防的考慮の位置づけ、いわゆる「幅の理論」(=責任に応じた刑は一点に存するのではなく、それは一定の幅の形でしか表現されないという考え方)の是非、上方修正と下方修正の差異など、考察を要する点が多いことから、本稿ではそれを検討対象の外に置くこととする。

94) Hans-Jürgen Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.Aufl., 1985, S.90, 92.

95) このほか、戦後ドイツにおける伝統的な(応報的)統合説ないしそれを反映した量刑理論としてEdmund Mezger, *Strafrecht Ein Lehrbuch*, 3.Aufl., 1949, S.498ff., ders., *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. I, 1954, S.1ff. (= 中川祐夫訳「刑罰目的と刑の量定の規定」佐伯千仞編『ドイツにおける刑法改正論』〔1962〕3頁以下); Hellmuth Mayer, *Strafrecht A.T.*, 1953, S.33, 358, 361 - 363; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.Aufl., 1969, S.238ff., 257ff.; Paul Bockelmann, *Strafrecht A.T.*, 1973, S.215ff.; Eduard Dreher, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen*, 37.Aufl., 1977, § 46, Rn.3ff.; Maurach, *A.T.*, S.76ff., 835ff. usw.

59条2項が、自己目的としての応報を拒絶する量刑公式の、理論的に唯一正しいあり方である」¹¹⁹⁾。

同じく代案グループに属し、代案59条を正当化する量刑基準論をより詳細に展開したのが、ギュンター・シュトラテンヴェルトである。その見解は、次のようなものであった。刑罰の弊害を考えれば特別予防的観点から責任刑を上回る刑を科すことが望ましいといえる場合はないし¹²⁰⁾、また、「責任主義のみが、『刑罰』の名の下で追求される特別予防目的に対して必要な限界を引き出すのにふさわしい」から¹²¹⁾、「行為責任という尺度は規制原理(Regulativ)として維持」すべきである¹²²⁾。そこでの行為責任概念は、予防的考慮との混同を避けるために、いわゆる人格的要素の排除により純化されなければならない¹²³⁾、「かかる方法で行為責任を固有の人格要素から解放することにより、いよいよ真に予防の必要性に指導された量刑への道が開かれる」¹²⁴⁾。最も関心が寄せられるべき「特別予防の考慮においては、何より再犯のおそれが決定的」であり、「それがないならば……象徴的な制裁で十分である」。再犯可能性がある場合に

96) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S.378 (= 井田良訳「国家の刑罰の意義と限界」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』〔1984〕1頁以下); 内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983)113頁、齊藤誠二「刑罰の正当性の根拠をめぐって」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第2巻 刑法理論の現代的展開』(2000)6頁、佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室283号(2004)44頁、松原芳博「刑事責任の意義と限界」法律時報76巻8号(2004)7頁など多数。

97) 団藤・総論35頁、植松・総論18頁以下、福田・総論20頁、大塚・総論421頁など。

98) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S.378, ders., Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 56.Jahrelang, 1973, S.317f. (= 井田良訳「責任主義についての刑事政策的考察」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』〔1984〕49頁以下); 内藤・総論上8-10頁、山中敬一『刑法総論』(2000)40-41頁、齊藤・前掲注(96)6頁、佐伯(仁)・前掲注(96)44頁、松原・前掲注(96)7頁など多数。

99) 内在的制約説とは、憲法における至上の価値は国民1人1人の「個人の尊厳」

は、その防止のために罰金刑や運転禁止といった「『威嚇』で十分か、あるいはより長期の社会化への努力が必要か」、さらには保護観察のための刑の延期（わが国の執行猶予）が適切かを選択する必要が生じるが、「そこでは、ありうる犯罪原因の知識から……刑罰が実際にもつ効果に関する知識まで、我々が用いることのできる経験的知見全体が投入されるべきであり、行為者人格の探求も、そこにこそ正当な居場所がある」。そして、「修正的に働くのが、一般予防の必要性である。当然それもまた、経験的知見、たとえば一般予防は刑事制裁の実際上の不執行によってたしかに弱められるが、しかしより重い刑罰によってはほとんど強化されえない（交通犯罪について、延期される自由刑や罰金刑の代わりに実刑を科す場合もそうである）というような実践的な法則を考慮したうえでのものである」¹²⁵⁾。「量刑を感情的な評価の事柄から実践的理性の問題とする」試みは、「純粋な行為責任という尺度が、刑罰のもちうる効果についての現実的な判断を充てるべき単なる枠とされる場合にのみ成功する。それが、代案2条、59条が示した道である」¹²⁶⁾。

ないし基本的人権である以上、ある人の人権の行使に対抗するのは、他の人の人権でしかありえず、したがって、人権制約の正当化原理としての「公共の福祉」（憲法13条）は、「人権相互間に生じる矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理」にほかならないとする考え方をいい、憲法学における通説の見解とされる（宮沢俊義『憲法〔新版〕』（1971）228頁以下、芦部信喜『憲法学 人権総論』（1994）188頁以下）。

100) 平川宗信『『憲法的刑法学』と憲法理論』芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（1998）39頁。岡上・前掲注23）「量刑判断の構造 - 序説」100 - 101頁も参照。なお、応報刑論が憲法13条（個人の尊重）、36条（残虐な刑罰の禁止）などに照らして違憲だとする主張自体は、新憲法制定直後から、牧野英一、木村亀二らによってなされていた（牧野『刑法総論 上巻〔全訂版〕』（1958）155 - 157頁、木村（亀）『刑法の基本概念』（1948）1頁以下参照。それに批判的なのは、小野『新訂刑法講義総論 第15版』（1956）38頁）。

101) 平野『刑法総論』（1972）23頁。同旨、澤登俊雄「刑の適用」平場安治 = 平野龍一編『刑法改正の研究1 概論・総則』（1972）251頁、堀内捷三「均衡（比例）の原則と保安処分の限界」ジュリスト772号（1982）43頁以下、内藤・総論上113、

このように、代案59条の基本思想は、刑の「単なる上限」としての責任 (Schuld nur als Strafobergrenze¹²⁷) の下で、もっぱら特別予防・一般予防の必要性に応じて刑を量定すべきであり、それこそが、非生産的な責任応報思想を排し、犯罪予防という合理的な目的が刑罰制度の唯一の目的であると考えられる場合の必然的な帰結であるというものであった。責任応報思想による刑罰の根拠づけを否定しつつ、それを「国民にとって有利にのみ働くフィクション」として、刑罰の限界づけにのみ用いることが可能かつ必要であることを強調したロクシンの見解と、行為責任の純化¹²⁸による責任と予防の徹底した区別を通じて、投入可能な経験的知見を総動員した真の予防的量刑を行なうべきことを強調したシュトラーターテンヴェルトの見解を併せて参照することで、その基本思想はよく理解されうるといえよう。

もっとも、ドイツでは、その後、責任が量刑の「基礎 (Grundlage)」であるとした現行刑法46条が定着するに伴い、代案59条のような量刑基準論を主張することは難しくなった感がある¹²⁹。後述するように、現在では、ロクシンも

127頁、町野『刑法総論講義案〔第2版〕』(1995)24頁、林(美)『情動行為と責任能力』(1991)8-9頁、井上大「責任論の展開と刑法における予防目的の考慮(1)」専修法学論集47号(1988)292頁、佐伯(仁)・前掲注(96)43頁など多数。
102) Roxin, a.a.O. Anm(98) S.317; 金澤・前掲注(88)194頁、斉藤・前掲注(96)6-7頁など。

103) 木村(亀)・前掲注(100)76頁に引用されているリーブマンの論述である。

104) ただし、第3および第4の批判には、説得力が感じられない。第3の批判(必罰主義との親和性)について言えば、仮に応報刑論における刑罰が「正義の実現」という目的を追求するものであるとしても、それは受刑者に対する(生命・自由・財産の剥奪という)「害悪」の賦課を用いて行なわれる(まさに「必要悪」である)以上、なるべく控えめに用いられるべきことは当然の要請であろう。刑罰の本質的内容を「害悪」ないし「苦痛」として把握するからこそ、謙抑性の要請も生じるという指摘(西原『刑法総論 改訂準備版〔下巻〕』〔1993〕484頁、宮澤・前掲注(51)16頁)が、ここで想起されるべきである。第4の批判(人道的行刑との不調和)についても、西原の次の指摘を挙げれば、反論として十分であろう。「刑罰を害悪と解する見解にとって……刑罰はどのみち害悪なのだから、受刑者の権利

シュトラテンヴェルトも自説を実質的に修正ないし放棄するに至っている。それに対して、わが国においては、量刑基準の法定化がいまだ実現していないという事情もあって、代案59条の基本思想を取り入れた量刑基準論が、有力な論者によって主張されてきた。以下では、その展開の経緯および主張内容を見ていくこととしよう。

3 わが国の学説による展開

(1) 「消極的責任主義」の浸透

代案の基本思想のうち、責任主義を刑罰の限界づけのための原理としてのみ用いるという考え方(「責任主義の1面性」¹³⁰⁾)は、わが国にも多くの支持者を見出したが、それを促進することにつながったと思われるのが、平野龍一による「消極的責任主義」の強調である。平野は、「非難のための非難を加えるのは、国家の任務ではない」として伝統的な応報刑の考え方を強く批判しつつ¹³¹⁾、「責任主義は『責任なければ刑罰なし』という原則であり、『責任あれば刑

・利益に対する配慮はほどほどでよい、という考え方」は、「誤解に基づく」。「害悪の内容は、それぞれの刑種にとって本質的な法益剥奪の面のみであって、それを越えることは許されない」。「懲役にあらわれる害悪は、自由の剥奪と定役の賦課のみであって、それ以外にはない。ただたとえば懲役の場合、自由剥奪という本質的な害悪に必然的に伴う様々な小害悪、たとえば……居住環境や食事の質を一般家庭の水準をはるかに越えるものにしえないとか、刑務所内の規律・秩序を維持するために日課にしたがった規律正しい生活を一律に送らせるとかの害悪は、付随的なものとして容認するほかはない」(西原・総論下486頁)。

105) Bernd Schünemann, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in: Schünemann/ von Hirsch/ Jareborg (Hrsg.) Positive Generalprävention, 1998, S.115.

106) Karl Heinz Gossel, Wesen und Begründung der Strafrechtlichen Sanktionen, in: FS-Pfeiffer, 1988, S.13, 22ff. (= 井田良訳「刑事制裁の本質と根拠」宮澤浩一 = 井田良監訳・カール・ハインツ・ゲッセル『正義・法治国家・刑法 - 刑法・刑事訴訟法の根本問題』(1990) 1頁以下); Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts A.T., 5.Aufl., 1996, S.63ff. (= 西原春夫監訳

罰あり』という原則ではない。責任主義は犯罪の成立を限定する原則であって、犯罪の成立を拡張する原則ではない。前者を消極的責任主義、後者を積極的責任主義と呼ぶことができるであろうが、責任主義の本来の意味は、前者にある¹³²⁾と述べて、責任主義が限定原理でなければならないことを強調した。そして、改正刑法草案48条の解釈として有力であった「幅の理論」、すなわち刑罰は責任に応じたものでなければならないが、責任相当刑の重さには一定の幅が認められるから、その幅の枠内においては、予防目的をも考慮することができるとする考え方¹³³⁾に対しては、それでは「責任の幅の下限も同じように限定的な機能をもち、責任よりも軽い刑を量定することはできないことになる。これは、まさに『責任あれば刑罰あり』ということにほかならない¹³⁴⁾、つまり積極的責任主義に陥るものであると批判したのである。この消極的責任主義というスローガンは、後述するようにその内容に曖昧な点がないわけではないが、責任応報それ自体を刑罰目的として承認しない思潮と親和的であったことから、わが国の学説に広く浸透していった。現在では、多数の有力な論者が、その

『ドイツ刑法総論 第5版』(1999)); わが国でも、「相対的応報刑論」の名の下に、そのような理解が示されることが多い(平野・総論 22頁、西原・総論下485頁、大谷・総論42 - 43頁、阿部『刑法総論』(1997) 281頁、西田典之『刑法』(2001) 36頁、井田『基礎から学ぶ刑事法〔第2版〕』(2002) 54頁、前田『刑法総論講義 第3版』(1998) 33頁以下。もっとも、表面的に類似する表現が用いられている場合でも、その内実は論者によって様々であり、学説の正確な分類は困難である)。さらに、H.L.A. ハートなどの影響の下、刑罰制度そのものの正当化(=刑罰目的)と個人に対する処罰の正当化(=量刑基準)は区別されなければならないとする主張も散見される(Hörnle, a.a.O. Anm(18) S.126f.; 佐伯(仁)・前掲注(96) 45頁、井田・前掲注(1) 295 - 296頁、曾根『刑法学の基礎』(2001) 47頁も参照)。

107) 木村(亀)・前掲注(100) 42頁以下、Roxin, A.T. I, §3, Rn.45.

108) 厳密に言えば、目的刑論における「目的」は、「予防」とイコールとは限らない(Gossel, a.a.O. Anm(106) S.14ff.)。

109) 大谷・総論43頁、曾根・前掲注(106) 46頁、前田・総論33頁、林幹人『刑法総論』(2000) 14頁、山口『刑法総論』(2001) 2 - 4頁、井田「相対的応報刑論とは何か。」法学教室93号(1988) 116頁など多数。ドイツにおいても状況は全く同

「責任は刑罰を積極的に根拠づけるのではなく、消極的に制約するにすぎない」という基本思想を(少なくとも表面的には)承認しているのである¹³⁵⁾。

ただ実は、平野のいう「消極的責任主義」が、代案59条についてロクシンやシュトラテンヴェルトが考えていたような、責任を「単なる上限」とした量刑基準論を意図したものであったのかは定かでない。というのは、平野の草案批判は、そこにいう責任が絶対的応報刑に結びつく形而上学的責任と解されうること、特別予防的考慮による責任刑の下回りが禁止されることに集中しており、責任が「単なる上限」でなければならないとまでは明言していない¹³⁶⁾。むしろ、1960年代前半には、上記草案48条とほぼ同内容の刑法改正準備草案47条について、刑罰のもつ「直接の明確な効果が証明できない以上、一時的な思いつきによって極端な予防的刑罰をとることはさくべきであり、罪刑均衡の原則の上立つことが、刑罰制度全体としてみたとき、無難な効果を持つ、という趣旨であるならばおおむね妥当」であると述べていたのである¹³⁷⁾。自説である「実質的行為責任論」¹³⁸⁾の内容に鑑みても、平野の真意は、「正しく理解された

じである。Roxin, A.T. I, §3, Rn.37は、「今日主張可能なすべての刑罰論の出発点は、刑罰の目的が予防的性質のものに尽きるという認識になければならない」とする。Vgl. auch Adolf Schonke/ Horst Schroder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.Aufl.,2001, Vor § 38ff., Rn.1 (Walter Stree) Herbert Trondle/ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51.Aufl., 2003, § 46, Rn.1ff. (Fischer) B-D Meier, a.a.O. Anm(40) S.20ff. usw.

110) 牧野『刑事学の新思潮と新刑法 第9版』(1928)159頁。

111) 牧野『刑法の30年』(1938)149 - 150、169 - 160頁。

112) 牧野・前掲注(100)88、44頁。

113) 牧野『刑法の新立法と新学説』(1962)175頁。

114) Jescheck/ Weigend, A.T., S.75; Roxin, A.T. I, §3, Rn.16. これに対して、教育刑の理念からも量刑における責任主義が帰結されるとするのは、木村(亀)『犯罪論の新構造(下)』(1968)457頁。もっとも、そこで前提とされている責任は、「行為責任と行為者の危険性の両者を統一的なものとして考察する」ものである(同453頁)。

115) 戦前から戦後にかけてのドイツの刑法改正作業の歴史については、正木亮『刑

行為責任」であれば、刑罰を根拠づけうるというものであったといえるだろう。

(2) 責任を「単なる上限」とした量刑基準論の自覚的展開

これに対して、「消極的責任主義」を、量刑にストレートに反映させて、代案59条のような量刑基準を自覚的に主張する見解が、わが国では、現在に至るまで有力な論者により唱えられている¹³⁹⁾。それらの見解は、責任応報思想を排斥し、責任を「単なる上限」であると捉える点では一致しているが、追求されるべき予防目的の内容をいかに考えるかによりバリエーションがある。以下、概観することとしよう。

まず、責任を「単なる上限」として、もっぱら特別予防的考慮によって刑を量定すべきであるという見解がある。最近における典型としては、「『行為責任』の量(程度)を『上限』として、行為者の規範意識を確認・強化するという意味での特別予防(再社会化)の必要性に応じて最終刑が決定される」¹⁴⁰⁾という、城下裕二の見解が挙げられる¹⁴¹⁾。それによれば、責任主義は文字通り「責任

法と刑事政策』(1963)92頁以下、莊子・前掲注(23)「刑事責任と刑の量定 - 改正刑法準備草案第47条とドイツ刑法草案 - 」428頁以下、阿部・前掲注(23)「刑の量定の基準について(上)」3頁以下、城下・前掲注(1)70頁以下などを参照。

116) 同草案は60条1項で、「刑の量定の基礎は、行為者の責任である」としていた。その基本思想は、典型的な(応報的)統合説に依拠するものであった(Vgl. Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform, in: Jürgen Baumann(Hrsg.) Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S.77f. [= 米田泰邦訳「刑罰目的と刑法改正」ユルゲン・パウマン編著・佐伯千仍監訳『新しい刑法典のためのプログラム』(1972)99頁以下])。

117) 代案の量刑規定をめぐる議論の概観として、Hartmuth Horstkotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), JZ 1970, S.122ff.; Bruns, aa.O. Anm(94), S.39ff. usw. わが国における紹介として、宮澤「1966年西ドイツ刑法改正対案の刑事政策的規定について」判例タイムズ206号(1967)2頁以下、「西ドイツにおける刑法改正代案」ジュリスト372号(1967)112頁以下、内藤「西ドイツ新刑法の成立」(1977)98頁以下、阿部・前掲注(23)「刑の量定の基準について(上)」6頁

なければ刑罰なし」と解されなければならず(消極的責任主義)、そのことは「量刑においては刑罰限定機能として具体化される」。「量刑においては、予防的考慮に基づいて最終刑を確定すべきこととなるが、それは行為責任(による責任相応刑)の程度を最上限としなければならない……従って、行為責任が存在しても、そこから直ちに刑罰が『要求』されるのではな¹⁴²⁾」。「刑罰は予防の必要性によって決定される」が、「権利・自由を国家刑罰権に対して保障するための原則(外在的制約)が犯罪予防効果の追求には不可欠となってくるのであり、その役割を責任主義に求めるべきなのである¹⁴³⁾。従って『責任主義によって制約された目的刑論』とでも言うべき立場」が妥当である¹⁴⁴⁾。そして、第1次的な量刑基準としては、「主として特別予防的考慮に基づいて最終刑を決定」するべきである。「刑の法定(立法)と刑の執行(行刑)の中間に位置する量刑段階では、刑の法定による一般予防を前提としつつも、『行刑の出発点』として行為者自身に対する刑の効果に着目する必要」があり、また、「刑罰による予防効果を考慮する場合には、社会における一般人よりも、科刑の直

以下、吉川経夫『刑法改正23講』(1979)138頁以下、城下・前掲注(1)73頁以下など。

118) Roxin, aa.O. Anm(96) S.383f.

119) Roxin, aa.O. Anm(98) S.316ff. なお、ロクシンは、刑罰を限界づける責任(Schuld)のほか、刑罰を根拠づける「答責性(Verantwortlichkeit)」というカテゴリーを設け、後者の程度は予防の必要性によって決定されるとして、従来責任阻却事由とされていたものの多くをそのカテゴリーで説明する(Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, Grundfragen der gesamten Strafwissenschaft, in: FS-Henkel, 1974, S.171ff. [=高橋則夫訳「刑法上の体系カテゴリーとしての『責任』と『答責性』」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(1984)71頁以下])。ロクシンの刑罰論・責任論およびそれをめぐる議論については、斉藤「刑法の改正と責任主義(1)- 刑の量定の基準を中心として」警察研究45巻11号(1974)15頁以下、浅田『刑事責任能力の研究 上巻』(1983)13頁以下、中川「責任と可罰的評価- 序説的考察 -」鈴木茂嗣編集代表『平場安治博士還暦祝賀 現代の刑事法学(上)』(1977)258頁以下、中義勝『講述犯罪総論』(1980)40頁以下、同「国家的刑罰と責任思想- ロクシン説の検討 -」関

接の対象者たる行為者への作用を重視する方が合理的」だからである。特別予防の中身としては、「裁判時において明らかになっている事実のみを評価資料として行われるという制約¹⁴⁵⁾もある」から、「責任を問い刑罰を科すことによって、行為者自身の『規範を守らなければならない』という意識にはたらきかけて、将来再び犯罪行為をしないように意思活動をコントロールすることを可能ならしめる」という内容¹⁴⁶⁾が妥当である¹⁴⁷⁾。「一般人の規範意識に作用させることを目的として責任相応刑を要求するならば、それは一般人の『応報感情』を満足させるための量刑へと転化するおそれがある」から妥当でない。「行為者の再社会化に資する刑罰こそが一般人によって納得・受容され、その規範意識の確認・強化〔を通じた一般予防〕に役立つものと解するべきである」から、「量刑においては、一般予防を理由として責任相応刑を加重することはもちろん、軽減（下回り）を阻止することも許されない」¹⁴⁸⁾。かなり徹底した特別予防主義を貫いているといえよう¹⁴⁹⁾。

ただ、特別予防を一元的な量刑基準とする場合、後述するように「再犯可能

西大学法学論集43巻1 = 2号（1993）327頁以下、真鍋毅『現代刑事責任論序説』（1983）90頁以下、鈴木晃「責任の予防的構成に関する一考察 - ロクシンの『答責性』論とその批判 - 」中京大学大学院生法学研究論集2号（1981）46頁以下、林（美）・前掲注（101）22頁以下、井上大「責任論の展開と刑法における予防目的の考慮（2・完）」専修法学論集48号（1988）158頁以下、本庄・前掲注（23）「刑罰論から見た量刑基準（2）」126頁以下など、多くの紹介および検討がある。

120) Gunter Stratenwerth, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1971, S.19ff.

121) Stratenwerth, a.a.O. Anm(120) S.26.

122) Stratenwerth, a.a.O. Anm(120) S.28.

123) Stratenwerth, a.a.O. Anm(120) S.22ff., 29ff.

124) Stratenwerth, a.a.O. Anm(120) S.31.

125) Stratenwerth, a.a.O. Anm(120) S.31f.

126) Stratenwerth, a.a.O. Anm(120) S.37.

127) Vgl. Erhard, a.a.O. Anm(77) S.314.

128) シュトラーテンヴェルトの主張を契機に、ドイツでは量刑における行為責任の対象となる事実の範囲についての議論が活発化した。が、「行為責任の純化」は結局

性がなければ処罰し得なくなるのではないか」という単純だが深刻な問題があり、これを徹底する見解は必ずしも多くない。そこで、(西)ドイツにおける代案グループに属した諸見解は、特別予防が最重要だとしながら、一般予防の必要性に、過度の緩刑化に対する歯止めとしての役割を期待するのが一般的であった¹⁵⁰⁾。わが国では、たとえば斉藤誠二が前述のロクシン説を支持して次のように主張している。「個人に働きかけること(特別予防)と社会に対して働きかけること(一般予防)の2つの方法が両方とも刑罰の目的となる」が、「特別予防の要請と一般予防の要求とが衝突する場合には、ふつう一般予防の最小限の要求がみたされるかぎり、特別予防の要請が優先する」。「一般予防の要求を優先させることは特別予防の目的を失敗させる恐れがあるが、特別予防の要請を優先させることは刑罰の一般予防の要求を締めだすことにはならないからである」。よって、「責任の量を上限とし、ふつうは一般予防の最小限の要求を下限として、その範囲のなかで、特別予防(社会復帰)の要請のうえでもっとも適切な刑罰を科」すべきである¹⁵¹⁾。ここでは、特別予防の必要性が第

多数説によって受け入れられることはなかった(わが国における紹介・検討として、井田・前掲注(23)「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(3)」92頁以下、川崎・前掲注(4)92頁以下、岡上・前掲注(23)「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(1)」117頁以下、城下・前掲注(1)204頁以下、本庄・前掲注(23)「量刑責任の刑罰限定機能について(1)」102頁以下、「同(2・完)」113頁以下など)。

129) Vgl. Heinz Schöch, Strafzumessung und Sanktionen, in: Kaiser/ Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 5. Aufl., 2001, Rn.37.

130) ロクシン(斉藤誠二訳)「責任主義の2面性と1面性 - 刑法解釈学と刑の量定論における責任と予防の関係をめぐって - 」刑法雑誌24巻1号(1980)28頁以下参照。

131) 平野・総論 20頁以下。

132) 平野・総論 52 - 53頁。

133) 「幅の理論(Spielraumtheorie)」ないし「責任枠の理論(Schuldrahmentheorie)」をめぐるドイツの議論の紹介・検討として、大谷・前掲注(23)98頁以下、阿部・前掲注(23)「刑の量定の基準について(中)」1頁以下、山火正則「『幅の理論』と相

1 次的な基準となりながら、一般予防により「下限」が画されるということが明快に示されている。

これに対して、最近、一般予防（抑止）の必要性を第 1 次的な基準とした量刑が、本庄武によって提唱されている。それによれば、現代国家において「責任主義の 2 面性、応報刑論はもはや維持し得」ないが、「刑罰を行為者に責任がある範囲にとどめるといふ責任主義の意義はなお失われるべきではない。」「目的刑論を採用したとしても、一定の目的が必要とする刑量は、責任により限定され、それが刑罰の上限を画する」。それは、「責任原理が憲法上の要請¹⁵²⁾」と考えられるからである¹⁵³⁾。予防目的の内容については、「予防刑の正当性はまずもってその処罰の有効性が『実証可能』であることに求められる」以上、「客観的な評価に親しみやすい誘惑により犯罪の重さを測定し、それに優越する刑罰を科すという基本姿勢」が重要であって、「量刑においては抑止刑の考え方が基本に据えられるべき」である。他方、「効果の経験的な確認に親しまない概念を前面に出す積極的一般予防論は目的刑の資格を満たさない」から、

対的不定期刑論」法学47巻5号（1984）76頁以下、川崎・前掲注（4）87頁以下、岡上・前掲注（23）「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（1）」91頁、城下・前掲注（1）83頁以下、本庄・前掲注（23）「量刑責任の刑罰限定機能について（1）」81頁以下、同「刑罰論から見た量刑基準（1）」188頁以下。改正刑法草案48条が幅の理論に立脚するものであるとするのは、百瀬 = 安森・前掲注（13）5 - 6 頁、原田・前掲注（1）2 頁、岡田・前掲注（8）82頁など。

134) 平野「草案と責任主義」平場安治 = 平野龍一編『刑法改正の研究 1 概論・総則』（1972）22 - 23頁。

135) 後掲第 3 章第 1 節参照。

136) 平野・前掲注（134）21頁以下参照。なお、責任を「基礎」とした量刑基準論に立ちつつ、例外的に責任刑の下回りを認めることと、責任を「単なる上限」と捉えて予防を基準とした量刑基準論をとることは、しばしば同視されているように思われるが、まったく異なった考え方である（Vgl. Karl Lackner, § 13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers?, in: FS-Gallas, 1973, S.134., Lackner/Christian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24.Aufl., 2001, § 46, Rn.24 (Lackner)）。前者によれば、責任が「基礎」でなければならぬから、特別予防

副次的なものにすぎない¹⁵⁴。「社会不安の高まりを背景にした、安易な重罰化」に対抗するためには、「量刑の絶対的な妥当性についても発言しうる」「科学的な実証により適した量刑理論を用意しておかなければならない」のであり、「量刑に際して、どの程度の刑罰を科せば、当該犯罪に類似する犯罪が抑止しうるかを考慮して、必要な刑罰量を導かなければならない」。もっとも、副次的な原理として、「行為者の一身の事情を考慮して特別予防上〔刑を軽減すること〕の必要性が認められる場合には……比較衡量により一定範囲であれば、特別予防の考慮を優先させる〔刑を軽減する〕ことが認められるべきである」¹⁵⁵。社会的不安の高まりによる厳罰化に抗するには、社会一般人の感情といったあいまいなものに基づかない絶対的・科学的な量刑論が必要であるという問題意識、および抑止の必要性測定に対するきわめて楽観的な態度が、この見解の特徴といえよう。

的考慮により下回りを認める際も、「責任の大きさと緊張関係」の下に行われなければならない（それゆえ「例外的」にのみ問題となる）。それに対し、後者によれば、端的に予防の必要性が基準であるから、責任の大きさは、上限突破が問題となる場面以外では直接考慮されなくてよいということになるのである。

137) 平野『矯正保護法』（1963）35頁。

138) 平野『刑法の基礎』（1966）38頁以下、同・総論 108頁など参照。

139) 田宮「刑事政策の担い手とその役割（1）- 法曹 -」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座 第1巻 総論』（1971）193頁以下、澤登・前掲注（101）256頁以下、石橋怒篤「量刑 - 草案第48条を中心として -」富士大学紀要29号（1986）42頁以下、斉藤・前掲注（119）16頁以下、同・前掲注（96）、松岡・前掲注（65）8頁以下、吉川・前掲注（117）140頁以下、中・前掲注（119）44頁以下、中山研一『刑法総論』（1982）567頁、内藤・総論上128頁、浅田・前掲注（76）185頁以下、朝倉京一「刑法における責任と予防の問題」刑法雑誌26巻3 = 4号（1985）386頁以下、大野「行為責任と人格責任」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第3巻 - 違法論、責任論』（1994）215頁、新倉ほか『導入対話による刑法講義（総論）〔第2版〕』（2003）176頁〔林（美）、城下・前掲注（1）110頁以下、林陽一「刑法の基礎理論と基本概念」法学

4 批判

以上のように、わが国では今なお、責任を「単なる上限」とした量刑基準論が少なからぬ有力な論者によって主張されている。もっとも、これらの論者の主張は、なお学説上、通説ないし多数説化するには至っていないように思われる。また、量刑実務に対する影響は、ほとんどないといって差し支えない¹⁵⁶⁾。それでは、かかる見解にはいかなる問題点があるのだろうか。責任を「単なる上限」とした量刑基準論の基本的特徴は、責任を量刑の「単なる上限」と捉えること、および、それを下回る限りで、もっぱら予防の必要性に応じて刑を量定することであり、批判も、と の両面に向けられている。以下、それぞれ検討することとする。

(1) 責任を「単なる上限」と捉えることに対する批判

第1に、「刑罰に結びつけられている全ての前提は同時に刑罰を限定する
そして、その逆も成り立つ」¹⁵⁷⁾というアルトゥール・カウフマンの有名な

教室249号(2001)12頁、本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(3・完)」186頁以下など。

140) 城下・前掲注(1)143頁。同・前掲注(23)「求刑・量刑をめぐる理論的課題」97頁も同旨。

141) ほかに、浅田、朝倉らの見解がそれにあたる。

142) 城下・前掲注(1)110-111頁。

143) このような責任主義の理解は、内藤の見解(総論上113、125-128頁、同下737-739、743、759-760頁)にほぼ全面的にしたがうものである。

144) 城下・前掲注(1)116-117頁。

145) 朝倉・前掲注(139)93以下は、この制約を重く見て、「行為の危険性」によって特別予防の必要性を測定すべきだとする。なお、高山・前掲注(8)125頁も参照。

146) 浅田『刑事責任能力の研究 下巻』(1999)418頁は、これを「上からの矯正の発想」として疑問視する。

147) 城下・前掲注(1)132-133頁。

148) 城下・前掲注(1)136頁。

149) 朝倉説、城下説に対する批判的検討として、本庄・前掲注(23)「刑罰論から見

批判があり、わが国にも、それと同旨の主張をする論者がみられる¹⁵⁸⁾。責任が犯罪の成立要件とされている以上は、それは刑罰を限定づけるとともに根拠づけていることを否定できないのであって、責任主義を単に刑罰の限定だけに利用すればよいというのは便宜的に過ぎるというのである。もっとも、これに対するロクシンの反論¹⁵⁹⁾の当否はともかく、責任により刑量の最上限を決し、それを下回るかぎりで予防の必要性に応じて量刑を行うという考え方は、それ自体として決して成り立ちえないものではない。責任主義の1面性を主張することがあたかも形式論理の(あるいは原理的な)レベルで誤っているかのような批判は、説得力を欠いている。重要なのは、責任にいかなる役割を与えるのが妥当なのかという、実質的な判断である。

第2に、責任の量を「上限」とすることは一般原理としては正しいが¹⁶⁰⁾、その量を正確に決定し、それを刑罰の量へと変換することはほとんど不可能である以上、さほど意味がないという指摘もなされている¹⁶¹⁾。これに対する反論として、ロクシンは、責任刑を正確に数量化することはたしかに不可能で

た量刑基準(1)」217頁以下。

150) Vgl. Baumann, Strafrecht A.T., 7.Aufl.,1975, S.13; Stratenwerth, aa.O. Anm. (120) S.32ff.

151) 齊藤・前掲注(96)24 - 25頁。

152) ドイツでは、責任主義が憲法上の原理であることが通説・判例によって認められている(z.B. Jescheck/ Weigend, A.T., S.23ff., 879; Franke, aa.O. Anm(40) § 46, Rn.7)。わが国でも、責任主義が憲法13条に基づくものと解する見解(内藤・総論下 738頁)、31条にその根拠を求める見解(萩原滋『実体的デュー・プロセス論の研究』〔1991〕180頁、平川「刑法の憲法的基礎について」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』〔1990〕87 - 88頁、中空壽雅「責任主義」法学セミナー558号〔2001〕21頁)などが有力に主張されている。

153) 本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(1)」178、196頁。

154) 本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(2)」159 - 160頁。

155) 本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(3・完)」185、188頁。これに親和的と思われる見解として、尾崎道明「量刑の科学」罪と罰27巻1号(1989)87頁以下、同「刑法の政策的基礎に関する一考察 - 決定論に基づく規範的抑止及び

あるが、責任主義の刑事政策的な機能は予防目的の濫用阻止であり、そのような濫用が行われたか否かを判断しえれば十分である以上、正確な数量化は必要でもない、量刑理論の発展によって、ある程度まで責任の量的判断が可能になるはずであると述べる¹⁶²⁾。この反論についても、水掛け論に終始せざるを得ない面があるためその当否の判断は困難である。ただ、いずれにせよ、責任の数量化が困難であるという問題は、責任を「基礎」とする量刑基準論も直面しなければならないものであり、少なくともこの点を理由に他説を批判すべきではないだろう¹⁶³⁾。

第3に、責任を上限としてのみ用いることは、刑罰を限定するというその本来的な要請に応えるのに実はふさわしくないという指摘もなされている¹⁶⁴⁾。量刑における責任が、「実践的重要性の少ない、通常到達されることのありえない限界基準 (Grenzkriterium)」¹⁶⁵⁾になってしまうというのである。このことは、代案の起草者によって、予防が必要とする刑量は、責任刑を通常下回るものであることが想定されていたこと¹⁶⁶⁾、わが国でも、「量刑相場に沿った量

自由の保障を基礎とする刑法体系の構想 - 」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会編『河上和雄先生古稀祝賀論文集』(2003)104頁。

156) 前述の実務家アンケートにおいて、「主に予防的考慮から刑を決定し、これが責任相当刑を超える場合には責任相当刑を宣告する」としたのは、有効回答者数42名中0名であった(伊東=小島・前掲注9)67頁)。

157) Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, S.555. (= 加藤久雄ほか訳「刑法における責任思想の法理論的および刑事政策的側面」ユルゲン・パウマン編著〔佐伯千仞編訳〕『新しい刑法典のためのプログラム - 西ドイツ対案起草者の意見 - 』(1972)69頁以下)

158) 阿部・前掲注(75)40頁、鈴木(晃)「責任、贖罪および再社会化(4・完)」中京大学大学院生法學研究論集6号(1986)108頁、中空・前掲注(152)23頁、大谷『刑事司法の展望』(1998)29頁、同・総論327頁、川端・総論57頁など。

159) Roxin, a.a.O. Anm.(98) S.320f. この問題をめぐる論争の経過については、林(美)・前掲注(101)10頁以下などを参照。

160) もっとも、これについても反対の立場はありうる。西ドイツにおいて代案59条

刑をしていれば、自然と責任主義の責任の幅の中に予定調和的に収まる……から、実務では、責任主義による量刑基準に対する意識ないし認識が乏しく……学説の諸主張に対する反応も今ひとつ鈍い¹⁶⁷⁾とされていることからして、それなりの説得力を有している。うがった見方をすれば、責任主義にいう責任刑をきわめて高いところに設定しておいて、実際の量刑は、責任に気兼ねせずにもっぱら予防的考慮(やそれにとどまらない場当たりの政策的考慮)によって行うということが正当化されかねないのである¹⁶⁸⁾。そうなれば、まさしく「量刑のブラックボックス化」¹⁶⁹⁾を招くことになってしまうだろう。もっとも、厳密に言えば、この問題は責任を「単なる上限」とした量刑基準論に固有のものではないことに注意が必要である。というのは、責任を「基礎」とした量刑基準論をとりながら、責任相当刑の「幅」の上限(ないし予防的考慮による上方修正の限界)をきわめて高く設定すれば、まったく同じ問題が生じるからである。上記の指摘は、むしろ量刑論一般が心得なければならない問題であって、責任が「基礎」か「単なる上限」かを選択するにあたって考慮されるべきもの

が採用されなかった理由の1つとして、特別予防の必要性により責任の程度を上回らなければならない場合がありうるという考慮があったことが指摘されている(Horstkotte, aa.O. Anm(117) S.123)。特別予防的考慮によって、行為責任の程度を上回ることも一定の限度内で可能だとする見解として、Dreher, aa.O. Anm.(95) § 46, Rn.12; Horstkotte, aa.O. Anm(117) S.124; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts A.T., 4.Aufl.,1988, S.786。わが国では、改正刑法準備草案理由書126頁〔中野〕、中野・総論10頁、小林＝岡上＝原田＝井田・前掲注(25)74頁以下〔小林発言〕。

161) Lackner, Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege, JZ 1967, S.514ff. 鈴木(義)・前掲注(1) 39頁、阿部・前掲注(75) 32頁、原田・前掲注(1) 3頁。

162) Roxin, aa.O. Anm(98) S.321。同旨、齊藤・前掲注(96) 29頁。

163) 責任を「上限」としてのみ捉えることは、いわゆる「点の理論」(＝責任刑は一点に定まるという考え方)を前提にしており不当であるという指摘もある(代案59条が退けられた1つの理由と言われる。阿部・前掲注(75) 39頁、内藤・前掲注(117) 100頁参照)。もっとも、わが国においては、責任を「単なる上限」とするこ

ではない。

(2) 予防を第1次的な量刑基準とすることに対する批判

責任を「単なる上限」とした量刑基準論に対してもっとも頻繁になされる批判は、予防的量刑の非現実性を指摘するものである¹⁷⁰⁾。すなわち、予防的量刑を実施するためには、個々の有罪判決によっていかなる予防効果が生じるのかに関して、信頼できる経験的知識が存在しており、それを裁判官が刑事手続の諸制約の下で適用できることが前提条件となるが¹⁷¹⁾、そのような条件は整っておらず、また仮にそれが整っていたとしても、予防的量刑を貫徹すれば規範的にみて受け入れがたい結論を招くとされるのである。以下、問題となる予防目的ごとにみていくこととしよう。

ア 特別予防に関して

第1に、再犯予測に関する経験的知識は、きわめて不十分である。特別予防

とと点の理論に必然的なつながりはないとする者も少なくないのであり(内藤・総論上127頁、城下・前掲注(1)118頁)、この指摘も決定的ではない。

164) Erhard, aa.O. Anm(77) S.315.

165) Erhard, aa.O. Anm(77) S.316.

166) Vgl. Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, FG-Schultz, 1977, S.476, Anm.33. (= 酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』[1984] 115頁以下)

167) 原田・前掲注(1)4頁。

168) 岡上・前掲注(23)「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(1)」121頁。Vgl. auch Heinz Zipf, Die Strafmaßrevision, 1969, S.61.

169) 安原・前掲注(67)26頁、原田・前掲注(1)347頁など参照。

170) Lackner, § 13 StGB, aa.O. Anm(136) S.134.; 鈴木(義)・前掲注(1)38頁、阿部・前掲注(23)「刑事責任と量刑の基準」97頁など。最近のドイツにおいては、責任の「幅」の枠内で予防的考慮により最終刑を決定しようとする通説的量刑論に対しても、同様の観点から徹底的な批判が加えられている(Schanemann, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser/ Cornils(Hrsg.)

の種々のバリエーション（個人威嚇、再社会化、保安）において、科刑の必要性を判断する前提として、行為者に再犯の可能性があることについての予測が可能でなければならないところ¹⁷²⁾、「信頼できる再犯予測は、今日まで直観的、統計的、臨床的予測手続きのいずれにおいても、なされたことがない」¹⁷³⁾とされる。このことは、一般に再犯のおそれが少ないことがその要件であると考えられている執行猶予者の1割以上が、再犯の遂行により執行猶予の取消しを受けている¹⁷⁴⁾ということからもうかがわれるだろう。

第2に、「必要な治療的処遇の長さについての予測をすることなどとも無理である」と言われる¹⁷⁵⁾。すなわち、特別予防的な量刑は、再犯可能性ありと認定された者に対しその再犯を阻止するためにどの程度の刑罰による働きかけが必要かを判断することによって営まれうるわけであるが、そのような予測は不可能であると繰り返し言われてきたのである¹⁷⁶⁾。最近でも、「関連する犯罪学の文献を詳しく調査してみると、失望させられる。犯罪学という学問はおそらく今後とも長きにわたり 行為者が将来刑罰を受けないことを保

Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S.223; Kai Hart-Honig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1991, S.46ff.; Hans-Jörg Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S.496; Hornle, a.a.O. Anm(18) S.30, 107 usw.), それらの批判は、予防を第1次的な量刑基準とした見解に対しては尚更あてはまるものである。

171) Hart-Honig, a.a.O. Anm(170) S.46.

172) Hart-Honig, a.a.O. Anm(170) S.52.

173) Schünemann, a.a.O. Anm(170) S.218; Hörnle, a.a.O. Anm(18) S.85. 予測の手法（統計的、臨床的、構造的、直観的）ごとに詳しく検討しているのは、Hart-Honig, a.a.O. Anm(170) S.53ff.

174) 法務総合研究所編『犯罪白書（平成15年度版）』（2003）123頁。再犯による取消率は、覚せい剤取締法違反に関しては26.4%、窃盗罪に関しては20.5%に登る。

175) Christian Schöneborn, Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung, GA 1975, S.274.

176) Lackner, § 13 StGB, a.a.O. Anm(136) S.133f.; Hans-Joachim Rudolphi/Eckhard Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7.Aufl., 2001, §

証するために……『必要とする』刑の重さに関して正確な指示を与えることができる状態ではまったくない¹⁷⁷⁾と述べられているように、状況は進展していないし、近い将来進展する可能性も低いといえよう。このように再犯可能性・特別予防的な働きかけの必要性・有効性を探知できないとすると、特別予防の必要性が「不明」であるケースが多く想定できることになるが、そのような場合には基準を欠くことになるだろう^{178, 179)}。理論的には、不定期刑が要請されることになってしまう¹⁸⁰⁾。また、特別予防目的の中でも、とくに行為者の再社会化を重視する場合、そもそも刑罰（とくに自由刑）の執行に再社会化の積極的效果を期待できるのかという疑問もある。自由剥奪の積極的な再社会化効果については、（少なくとも現状を前提にすれば）懐疑的な見方が強い。そして、そのような見地からは、自由刑の執行は實際上犯罪者を非社会化する場合の方が多いのであるから、再社会化を第1次的な刑罰目的として掲げることは困難であると主張されるのである¹⁸¹⁾。もちろん、処遇が「何もなさない (nothing works)」というのは言い過ぎであり¹⁸²⁾、一定の行為者類型に一定の処遇が一

46, Rn.26f. (Horn) 井田・前掲注(1) 296頁。実務家によっても、再犯予測及び処遇に最適な量刑の発見困難性は、しばしば指摘されている(松本・前掲注(7) 65頁、木梨・前掲注(6) 50頁、安原・前掲注(67) 26頁など)。

177) Wolfgang Frisch, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstabe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - Eine kritisch-konstruktive Würdigung -, in: Canaris/ Heldrich/ Hopt/ Roxin/ Schmidt/ Widmeier(Hrsg.) 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV., Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S.282f. (= 岡上雅美訳「連邦通常裁判所判例における刑罰構想、量刑事実および量刑基準 - 1つの批判的かつ建設的評価 - 」法政理論34巻3号〔2002〕49頁以下)

178) Bruns, aa.O. Anm(94) S.41. 岡上・前掲注(23) 「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(1)」96頁も参照。

179) なお、Michael Köhler, Strafrecht A.T., 1997, S.589は、再犯の「蓋然性」に基づいて行為者に不利益な処分をおこなうことは、自由への不当な介入であるとする。

180) 井田・前掲注(1) 296頁。

定の蓋然性をもって有効でありうることは肯定できるであろうが、それにあてはまらない者についてはどうするのがさらに問題になる¹⁸³）。AとBが行為責任において同程度である場合に、Aには「ぴったりの」処遇プログラムが存在するがゆえに長期間収容されるが、Bには適したプログラムが存しないがゆえに執行猶予になるなどといった取扱いは、耐え難いものであろう。以上に対して、保安・隔離による特別予防を考える場合にも、いわゆる比例原則の制約を受けることを考えると、それほど多くのものは期待できない。ベルント・シュエネマンが、副次的な刑罰目的として保安特別予防を承認できるとしながら、憲法上の比例原則からすれば、「非社会化する方向で作用し、それゆえ長期的な視野で見れば法益を危殆化する効果を伴うすべての処分は、同時にそれを上回る法益保護効果が保障できる限りでのみ許容される」から、その観点からの科刑が正当化されるのは、重大犯罪の再犯が予測される場合に限られるとしている¹⁸⁴）ことが注目されるべきであろう。有期懲役刑の場合、再犯可能性がいかに残っていようがいつかは釈放される。そのときに予想される再犯可能性の増大を補って余りある保安効果がなければ、全体として刑罰がマイナスに作用することになりかねないのである。

第3に、これらの問題に一応の解決が図られ、特別予防効果の測定方法が理論上解明されたとしても、その実践にはなお手続上の制約が立ちはだかる¹⁸⁵）。犯罪事実の認定と刑の量定の手続を一体のものとしており、いわゆる判決前調査制度も設けていない現行法の制約下において、その測定方法を有効に実践しうるのはかきわめて疑問である。逆に言えば、そのような法制をとっていること自体、現行法が完全に個別化された量刑を志向していないことのあらわれともいえよう¹⁸⁶）。仮に立法論としてかかる制度を導入するとしても、量刑のため

181) Roxin, A.T. I, § 3, Rn.20; Schunemann, a.a.O. Anm(170) S.215; H-J Albrecht, a.a.O. Anm(170) S.67ff.; Hornle, a.a.O. Anm(18) S.86f.

182) B-D Meier, a.a.O. Anm(40) S.31.

183) Hornle, a.a.O. Anm(18) S.87.

184) Schunemann, a.a.O. Anm(170) S.217ff.

に徹底的な人格・環境の調査を行なう必要があることが予想され、訴訟構造の職権化および被告人のプライバシーへの過度の介入を招きかねないという不安がある¹⁸⁷⁾。裁判員制度の導入をも視野にいれる場合、被告人の人格・環境に関してあまりに詳細な資料が裁判員の目に入ることの弊害も考慮しなければならぬだろう。

第4に、特別予防的量刑を真剣に実行しようとするれば、極端な刑の不均衡が生じる¹⁸⁸⁾。たとえば、シュトラーターテンヴェルトの見解に対して、クリスティアン・シェーネボルンが次のような事例を挙げて批判している。AとBと一緒に銀行強盗を行い、その(純粋な)行為責任相当刑は自由刑6年程度であるところ、Aは和やかな家庭環境で育った信頼できる簿記係であるのに対して、Bは劣悪な家庭環境に育ち自らも職を転々としており、窃盗の前科もあるとする。この事例において、シュトラーターテンヴェルトの見解によれば、社会性の欠陥がなく再犯可能性が感じられないAには「象徴化された制裁」としての刑の延期(執行猶予)付有罪判決が下されるが、Bには責任相当刑がフルに使われることになるだろう。しかし、それはあまりに不公平だといっているのである¹⁸⁹⁾。また、ディーター・デーリンクが指摘するように、「刑が責任という上限の下方でもっぱら予防的観点により決されるべきであるとするれば、責任の大きさは異なるが、予防的理由は同じ量の軽い刑を要請する2人の行為者は同じ刑を科される

185) Vgl. H-J Albrecht, a.a.O. Anm(170) S.81f.; Hornle, a.a.O. Anm(18) S.3,75.

186) 松本・前掲注(7) 58 - 59、65頁。

187) 松尾・前掲注(1) 350頁、井田・前掲注(1) 296頁。所・前掲注(23) 100 - 101頁参照。

188) Lackner, § 13 StGB, a.a.O. Anm(136) S.133ff.; Schöneborn, a.a.O. Anm(175) S.272ff.; Schunemann, a.a.O. Anm(170) S.215f., 218.; Hornle, a.a.O. Anm(18) S.85ff.; H-J Albrecht, a.a.O. Anm(170) S.67ff., Frisch, Gegenwartiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99, 1987, S.365 - 370 ; 阿部・前掲注(23) 「刑事責任と量刑の基準」97頁、井田・前掲注(1) 296頁、本庄・前掲注(23) 「刑罰論から見た量刑基準(1)」220 - 221頁など多数。

189) Schöneborn, a.a.O. Anm(175) S.273f. 井田・前掲注(1) 313頁注10も参照。

ことになり……決して一般に受け入れられない」¹⁹⁰⁾。たとえば、犯罪の重大性からすれば、ある事例では自由刑 8 年程度が責任相当、別の事例では 4 年程度が責任相当という場合でも、特別予防的に要請される刑がともに 3 年であれば、両事例に同じ刑（3 年）が科せられることになるのである。

第 5 に、著しい緩刑化のおそれもある。不確実な再犯予測や刑罰の非社会化効果からして、社会復帰のためにはなるべく短期の刑が望ましいと考えれば、量刑は常に法定刑の下限（さらには酌量減輕、執行猶予）に向かうだろう¹⁹¹⁾。この問題は、法定刑の幅が非常に広く、執行猶予の形式的要件（宣告刑要件）もかなり緩やかであるわが国の法制においては、とくに重要である¹⁹²⁾。さらに、極端な場合、再犯可能性がなければ一切処罰できなくなるはずである¹⁹³⁾。古典的な例として、ナチス時代に身体障害者等を「生きるに値しない生命」として「安楽死」させていたが、戦後は数十年にわたって評判のいい老医師として市民生活を送っていた者が挙げられているが¹⁹⁴⁾、他にも、過激な新興宗教に入信して教義貫徹のために殺人を犯した者が、後に教祖が逮捕され弟子達に責任転嫁する弁解を繰り返すのを見て「目が覚めた」場合、百発百中の射撃能

190) Dolling, Über die Höhenbemessung bei der Freiheits- und Jugendstrafe, in: FS-Schreiber, 2003, S.57.

191) Wilhelm Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80, 1968, S.3f.; Friedlich Schaffstein, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, in: FS-Gallas, 1973, S.106f.; 阿部・前掲注(23)「刑事責任と量刑の基準」97頁、本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(1)」219頁。

192) 井田・前掲注(1) 301頁参照。

193) Roxin, aa.O. Anm(96) S.379, ders., A.T. I, § 3, Rn. 19; Schonke/ Schroder (Stree) aa.O. Anm(109) Vor § 38ff., Rn.9; Frisch, aa.O. Anm(177) S.283.; 井田・前掲注(1) 296頁、林(幹)・総論14頁。

194) Schonke/ Schroder (Stree) aa.O. Anm(109) Vor § 38ff., Rn.9; Schaffstein, aa.O. Anm(191) S.106; Zipf, aa.O. Anm(168) S.61; Jescheck/ Weigend, A.T., S.75; 宮澤「刑事法学の種々相(その3)」時の法令1362号(1989)40-41頁など参照。

力を売りとしてきた殺し屋が事故で両腕を失った場合、大規模な汚職を行った政治家が在職中は発覚を免れ、現在完全に引退して新聞も読まずに隠遁生活を送っている場合などいくらでも考えられる。これに対し、全身不随になっても共謀共同正犯としての再犯は可能であるから、再犯可能性がないと言われている事例の多くは必ずしもそう言えないとの反論もあるが¹⁹⁵⁾、問題は処罰を正当化しうる程度の再犯可能性の有無である以上、そのようなわずかな可能性を捉えて「再犯可能性あり」と言ったところで、本質的には何も解決されていない。きわめて重大な犯罪を行なっておきながら、それを度外視して著しく軽く刑を量定することが、まさに問題視されなければならないのである。

イ 一般予防に関して

このように、責任を下回るかぎりでもっぱら特別予防的な処罰の必要性を基準として刑を量定することには、様々な問題があることから、前述したように、一般予防のために最低限必要な刑量をもって「下限」を画し、過度の緩和刑を回避するという修正を加えること、または、一般予防の必要性を第1次的な量刑基準とすることが考えられる。しかしながら、そのような量刑は、特別予防的量刑にも増して困難な問題を抱えている。

第1に、一般予防的に最低限必要とされる（または最適な）刑量を発見するには、個々の判決における量刑判断が、刑罰の一般予防効果にいかなる影響をもちうるのかに関する経験的知識が必要であるが、その不足は、特別予防に関する場合よりもさらに深刻である¹⁹⁶⁾。すでに1960年代において、ラックナー

195) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999)125、133 - 134頁注56。

196) Lackner, a.a.O. Anm(161), S.515; Roxin, a.a.O. Anm(166), S.471; Zipf, Strafzumessung, 1977, S.48f.; Winfried Hassemer, Generalprävention und Strafzumessung, in: Hassemer/ Lüderssen/ Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S.48f.; Frisch, a.a.O. Anm(188) 1987, S.365; Horn, a.a.O. Anm(176), § 46, Rn.30bb; Hart-Hönig, a.a.O. Anm(170) S.47ff.; Erhard, a.a.O. Anm(77) S. 315; Jescheck/ Weigend, A.T., S.882; Schoch, a.a.O. Anm(129),

はシュトラテンヴェルトの見解を批判して、「個々の有罪判決が人々をいかに動機づける効力をもつのか」という問題について言えば、心理的連関について証明可能なものは、ほんのわずか」であるとしていたが¹⁹⁷⁾、そのような状況は改善されていないどころか、詳細な分析が加えられることによって、ますます強く認識されるに至っている。たとえば、カイ・ハルト - ヘーニヒが、ヴィンフリート・ハッセマーの議論¹⁹⁸⁾を受けて、次のようにまとめているのが参考になるだろう¹⁹⁹⁾。一般予防的量刑の経験的正当性は、名宛人に対する量刑決定についての情報の伝達、および、判決による名宛人の動機付けの可能性がその前提となるが、いずれも現状では満たされない。に関して、「刑法について、概して人々は、一般的で、あいまいで、歪んだ傾向のある観念しか持っていない」し、に関して、「人々は、刑法規範とは別の社会規範によって動く。つまり刑法とは関係ないファクターによって広く動機づけられ、また威嚇一般予防の理論が前提とするように費用対効果の考量によって行動するわけではない」からである。つまり、判決の内容は正確に一般人に伝わるわけではなく²⁰⁰⁾、仮に伝わっても人々はそれ以外のファクターにより強く動機づけられるから、量刑判断の一般予防効果は甚だ不明確であるということである²⁰¹⁾。

Rn.20; Hörnle, a.a.O. Anm(18) S.79ff. ; 川崎・前掲注 4)163頁、岡上・前掲注 23) 「量刑における『威嚇予防目的』の考慮」56頁など。

197) Lackner, a.a.O. Anm(161) S.515.

198) Hassemer, a.a.O. Anm(196) S.43ff.

199) Hart-Honig, a.a.O. Anm(170) S.47ff.

200) 川崎・前掲注(4)163頁参照。

201) これに対して、専門誌などにより連絡を取り合う一定の潜在的犯罪者グループ (Vgl. Hassemer, a.a.O. Anm(196) S.43f.) や「とくに選ばれた行為者群、たとえば利益とリスクの計算をして行動するような行為者の場合であれば、別の様相を呈することもありうる」(ミューラー = ディーツ [上田健二 = 浅田和茂訳] 「一般予防の根本問題」同志社法学44巻3号 [1992] 22 - 23頁) という指摘もなされている (それについても事情は同じだとするのは、Hart-Honig, a.a.O. Anm(170) S.48) 。しかしながら、ここで問題となっているのは、量刑全般を一般予防によって方向付けることの可否であり、それはやはり困難というほかないだろう。

ドイツにおける有力な実証的研究によれば、刑罰の「存在」(ないし刑事訴追の有無)は犯行遂行にとって心理的障害となりうるが、刑の「重さ」を多少上下させたところで一般予防効果に変化はなく、「科される制裁の重さについて、このアプローチ〔＝一般予防〕は驚くほど無関心である²⁰²⁾とされている²⁰³⁾。このような不十分な経験的知識の下で、ある程度の蓋然性をもって一般予防効果を上げようとするれば、極端な重罰化を図るしかないということになるが、責任を「上限」とする以上、それは不可能である^{204, 205)}。

第2に、仮に一般予防効果のメカニズムないし一般予防効果測定の方法論が解明されたとしても、ここでも、刑事裁判という手続的制約の下でそれを実効的に行うのは困難である。たとえば、ドイツの判例は一般予防的考慮により量刑を加重するには、当該種類の犯行が、すでに共同社会を危殆化するほどに増加していることが確認されうるような場合であることが必要であるとしているが²⁰⁶⁾、それを真剣に受け止めれば、犯罪の蔓延度についての大規模な調査が要請されることとなり、限定された資料しか用いることのできない裁判所に対

202) Schunemann, a.a.O. Anm(170) S.223.

203) Schoch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: FS-Jescheck, 1985, S.1104; H-J Albrecht, a.a.O. Anm(170) S.89 usw.

204) Vgl. Jescheck/ Weigend, A.T., S.882. Hornle, a.a.O. Anm(18) S.84は、一般予防的量刑について、控えめな刑の加重では効果が不明であり、目に見える形で効果を出そうとすれば倫理的な疑問にぶつかる」と評している。

205) なお、一般予防的量刑論をとる本庄は、量刑相場とリンクした運用によって、経験的基礎の欠如を補おうとするようである。すなわち、わが国の量刑実務は、米国のような「重罰化政策を回避しつつ、犯罪発生率を低く抑えることに成功してきた」のだから、多くの場合、「量刑相場に基づいた刑を超える刑罰を科すことは正当化されない」。「水準が本当に不可欠かどうかは、量刑実務を通じて、長期的に経験的に確認していく他なく、「抑止効果が確認できた場合は、一定割合の事例でむしろ量刑相場をやや下回る刑罰を科すことが規範的に要求される。逆に、犯罪が増加し「相場による刑罰では抑止のために不十分であると評価される場合」であっても、「刑罰以外の犯罪対応策」を優先し、重罰化には慎重であるべきである。このように「有効性が実証された限度で処罰を手段として犯罪の抑止

する過剰な要求であると批判されるのである²⁰⁷⁾。

第3に、上述の経験的問題を度外視したとしても、一般予防的量刑にはその規範の正当性に対する疑念がついて回る。この点に関し、本稿は、一般人を威嚇するために行為者を処罰することは、その者を他者の利益促進のための手段として扱うことであり、それは行為者の「人間の尊厳」に反するというカント以来の古典的主張²⁰⁸⁾に与するものではない。そのような主張は、今日では
 広報刑論にも増して 形而上学的ないし観念的に過ぎ、説得力を欠くからである²⁰⁹⁾。もっとも、そこまで言わなくとも、同程度の犯罪における量刑が、たまたまマスコミによって大々的に報道され、世間の注目を集めた(「社会的影響」²¹⁰⁾があった)か否かにより大きく左右されることは、やはり不公平であるとの感を免れない²¹¹⁾。そのような量刑は、個別の犯罪行為ではなく「世間をお騒がせした」こと自体を処罰の対象とするものになりかねないであろう。

最後に、以上の経験的および規範的な問題は、一般予防の内容について、威

をを図る」ことが要請されているというのである(本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(3・完)」186頁以下)。しかしながら、量刑相場は国民の正義感情に基づくという見方が一般的であり(松本・前掲注(5)33頁、百瀬=安森・前掲注(13)2頁以下など)、量刑相場をベースにして一般予防的量刑を実践しようという提案には、理論的な裏づけがないといわねばならない(これに対して、正義感情に適った刑と一般予防的に最適な刑の一致を主張ないし期待するわが国の見解として、井田・前掲注(1)295頁〔314頁注17も参照〕、所「抑止刑再論-威嚇と条件付け-」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』〔1998〕115頁。さらに、前田・総論34頁、大谷・前掲注(158)28頁も参照)。

206) Bruns, a.a.O. Anm(94) S.97ff.; Schonke/ Schröder (Stree) a.a.O. Anm(109) § 46, Rn.5. わが国における紹介として、岡上・前掲注(23)「量刑における『威嚇予防目的』の考慮」28頁以下が詳しい。

207) H-J Albrecht, a.a.O. Anm(170) S.81f.; Hornle, a.a.O. Anm(18) S.3, 75. Vgl. Hart-Honig, a.a.O. Anm(170) S.49.

208) Eberhard Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, 1954, S.17 (= 中川

嚇ではなく国民の規範遵守意識ないし規範に対する国民の信頼を維持・強化することを手段とする積極的一般予防論²¹²)に依拠したからといって、何ら解決されるものではない(それどころか、なおさら深刻となる)ことを、指摘しておかなければならない²¹³)。というのは、判決の積極的一般予防効果に関する経験的基礎は、積極的一般予防の概念のあいまいさとも相まって、威嚇効果に関するそれよりもかなり脆弱であるから、積極的一般予防の観点からいかなる刑が適切かは甚だ不明確であるし²¹⁴)、「他人の利益のために処罰する」点や、社会の処罰感情の影響をストレートに受けやすい点において、威嚇予防と異なるところはないからである²¹⁵)。

第3節 小括

以上のような問題点の山積に直面するとき、責任を「単なる上限」として、それを下回るかぎりでは予防的考慮を第1次的な基準として刑を量定するという考え方は、非現実的なものというほかない。したがって、このような立場を採

祐夫訳「刑罰目的と刑の量定の規定」佐伯千仞編『ドイツにおける刑法改正論』(1962)11頁以下); Gunter Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, S.166; Heinrich Henkel, Die „richtige“ Strafe, 1969, S.40ff.; Zipf, aa.O. Anm(196) S.49; Gunther Jakobs, Strafrecht A.T., 2.Aufl., 1991, 1/27; Hans Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Schönemann(Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, 1984, S.141.(=浅田和茂訳「個人的帰責、答責性、責任」ベルント・シューネマン編著〔中山研一=浅田和茂監訳〕『現代刑法体系の基本問題』〔1990〕155頁以下); Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97, 1985, S.786.

209) 松尾・前掲注(1) 350頁、林(幹)・総論8、14頁参照。もっとも、上記主張は、最近でも多くの論者によって根強く支持されている(z.B. Hart-Honig, aa.O. Anm.(170) S.49f.; Kohler, A.T., S.45; 井田・前掲注(1) 295頁、伊東・前掲注(24) 311頁、篠塚「量刑と刑罰制度(2・完)」上智法学論集39巻3号(1996)171頁、増田「消極的応報としての刑罰の一般予防機能と人間の尊厳 - カント及びヘーゲルと訣別してもよいのか - 」三島淑臣ほか編『人間の尊厳と現代法理論 ホセ・ヨンバルト

用することには、強い躊躇を感じざるをえない。最近のドイツの量刑論においては、直接的な予防を志向する見解は勢力を失っているといえる。たとえばロクシンは、70年代後半に積極的一般予防論を前提とした「幅の理論」を採用して、46条の「基礎」公式との接近を図っている²¹⁶⁾。シュトラーターテンヴェルトも、最近の論稿で、「〔予防的観点から刑を決めることはできないという〕手厳しい批評は、かつて20年以上も前に……述べた、経験的に裏付けられた量刑の発展が近い将来に可能となるだろうという私自身の期待にもあてはまることを認めなければならない。経験的知見の乏しさを指摘する懐疑家達は、(残念ながら)正しかったのだ²¹⁷⁾と述べ、かつての誤りを認めている。最近の文献では、予防を第1次的な基準とすることは検討対象にも挙げられないことも多く、また責任相当刑の「幅」の枠内で、「副次的に」予防を考慮することの可否が真剣に争われているのである²¹⁸⁾。量刑の実証的研究においても、刑の重さと実際に関係があるのは犯罪の重大性(被害の大きさ等)や前科といった特定少数の要素であり、裁判官が真剣な予防目的の考慮を行なっているわけではない

-
- 教授古稀祝賀』(2000)160頁、神田「量刑と予防」現代刑事法21号(2001)23頁、中空・前掲注(152)23頁、城下・前掲注(1)130頁。吉岡『自由刑論の新展開』(1997)20頁、高山・前掲注(8)124頁も参照)。なお、量刑が責任相当性の範囲内にあるかぎりでは、「人間の尊厳」に反するという批判を免れるとする主張(z.B. Bruns, aa.O. Anm(94) S.98f.)に対する反論として、Warda, aa.O. Anm(208) S.167; Roxin, aa.O. Anm(166) S.472; Hart-Honig, aa.O. Anm(170) S.50を参照。
- 210) 改正刑法草案48条2項は、量刑事情の1つとしてこれを挙げる。それに対する批判として、澤登・前掲注101)254頁。
- 211) 井田・前掲注(1)299頁。
- 212) そのわが国における紹介・検討として、田中久智=田中りつ子「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学別冊西山還暦記念(1988)115頁以下、田中(久)=里見理都香=田中希世子「積極的一般予防論の最近の動向(1)・(2)・(3)・(4)・(5)」比較法制研究20号(1997)25頁以下・21号(1998)23頁以下・22号(1999)29頁以下・23号(2000)43頁以下・24号(2001)31頁以下、宮澤・前掲注(134)38頁以下、神田「責任と刑罰の積極的一般予防論的考察-予防目的の犯罪論的意義の再検討-」法と政治42巻3号(1991)65頁以下、北野通世「積極的一般

という指摘がなされており²¹⁹⁾、これも重く受け止められるべきである。

これに対して、わが国の学説においては、責任を「単なる上限」とした量刑基準論が今なお主張されている。しかし、それらの見解は、予防的量刑の実施可能性に対するあまりに楽観的な姿勢²²⁰⁾を反省しなければならないだろう。「予防的考慮に不明確性・不確実性が伴うという事実は否定できないとしても、それは刑罰の害悪性および刑法の謙抑性・断片性・適応性を認識しつつ、責任を『上限』とした量刑を行うことで是正すべき問題である」との主張もあるが²²¹⁾、それでは重すぎる刑が回避されるだけで、刑の不均衡や過度の緩刑化を是正することはできないから、対策として不十分である。社会不安の高まりを背景にした安易な重罰化に対抗するために、「量刑の絶対的な妥当性についても発言しうる……科学的な実証により適した量刑理論を用意しておかなければならない」²²²⁾として一般予防的な量刑を主張するに至っては、経験科学に対する無垢な信頼というほかない。最近、機能主義的思考に対する過大な期待は禁物であるということがしばしば指摘されているが²²³⁾、量刑論もそこから学

予防論」法学59巻5号(1995)90頁以下、松宮『刑事立法と犯罪体系』(2003)17頁以下、吉田「法的平和の回復(16)」北海学園大学法学研究36巻1号(2000)39頁以下など。

213) Hart-Honig, a.a.O. Anm(170) S.49ff.; Hornle, a.a.O. Anm(18) S.90ff.

214) 刑罰の積極的一般予防効果について、心理学理論に依拠して検討したわが国の文献として、本庄「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的検討」法と心理2巻1号(2002)76頁以下。これに対して、積極的一般予防論をとる多くの学説は、正義に適った刑ないし責任に応じた刑が最もよく積極的一般予防効果を発揮すると主張する(Peter Noll, Die etische Begründung der Strafe, 1962, S.24ff.; Roxin, a.a.O. Anm(166) S.305; Heinz Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, in: FS-Jescheck, 1985, S.823f.; Achenbach, a.a.O. Anm(208) S.143; Streng, a.a.O. Anm(40) Rn.435ff.; B-D.Meier, a.a.O. Anm(40) S.34f.; 井田・前掲注(1) 295頁)。そのような主張は、すでに責任刑を「単なる上限」として、直接的な予防的考慮により刑を量定するという見解ではないということに注意が必要である(Vgl. Hornle, a.a.O. Anm(18) S.94)。

215) Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und

ぶ必要があるだろう。

さて、このように責任を「単なる上限」とした量刑基準論が多くの問題を抱えていると考える場合、そこから、責任を「基礎」とした量刑基準論が直ちに採用されることになるのだろうか。当然のことながら、そのような消去法的な正当化では甚だ不十分であろう。最近の多数説とともに、責任に報いること自体は刑罰目的ではなく、責任は消極的な制約原理にすぎないという基本的理解を前提とするならば、そのことと、責任を「基礎」とした量刑基準論が理論的に両立することを積極的に示す必要がある。そこで、次章においては、「消極的責任主義」の名の下に様々な実質的内容の主張がなされていることを端緒として、問題解決の途を探っていくこととする。

第3章 消極的責任主義の適切な理解とその量刑論への反映

第1節 問題の所在

Strafzumessung, 1983, S.41; Hart-Honig, aa.O. Anm(170) S.51.

216) Roxin, aa.O. Anm(166) S.465ff. ロクシン改説の経緯については、林(美)・前掲注(101)11頁以下、本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(2)」132頁以下を参照。

217) Stratenwerth, Was Leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995, S.19. (= 真鍋毅訳「刑罰目的の理論は何を為すのか」佐賀大学教養部研究紀要29号〔1996〕49頁以下)

218) 量刑における責任と予防の関係をめぐる最近の議論の概観として、Streng, aa.O. Anm(40) Rn.479ff.; B-D.Meier, aa.O. Anm(40) S.145ff.; Dölling, aa.O. Anm. (190) S.55ff.

219) H-J Albrecht, aa.O. Anm(170) S.289, 333ff, 338ff., 415f.,427; Hornle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S.1081. わが国では、安原・前掲注(67)26頁、同「量刑の実務は実際どのように運営されているのか」浅田和茂ほか編『刑事・少年司法の再生 梶田秀雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集』(2000) 417頁など。

220) 田宮・前掲注(139)184頁は、刑罰の一般予防効果につき、「早晚この面の研究

前章で述べたように、刑罰目的と責任主義をめぐる現在の議論において、応報を刑罰目的として承認し、責任応報思想によって刑罰を積極的に根拠づけないし正当化しようとする見解は少数である。多くの有力な学説が、刑罰目的は法益保護（犯罪予防）であり、観念的な正義の実現ないし責任に報いることそれ自体ではないという認識の下、責任主義はあくまで「責任なければ刑罰なし」という消極的な制約原理として理解されなければならないことを強調している²²⁴）。ところが、そのような理解を量刑論にストレートに反映させて、責任を「単なる上限」とした量刑基準論をとる見解は、前章でみたように、少なからぬ論者によって主張されているものの、決して多数説とはいえない。実務上の影響力もかなり乏しいといえる。そしてまた、予防を第1次的な基準として刑を量定することの非現実性からして、そのような量刑基準論を採用することが妥当でないということも、前章において確認されたとおりである。

このような状況は、「単なる上限」論に立つ論者がそう考えるように理論的には矛盾したものと捉えなければならないのだろうか。つまり、刑罰目

も進み、その現実的効用が経験的に明確化される日がくるにちがいない」としていたが、現在のところ、「その日」がいつ来るのか、まったく見通しが立っていない。

221) 城下・前掲注(1)136 - 137頁。

222) 本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(3・完)」185頁。

223) 真鍋「機能的刑法観の後退と挫折 - ドイツ刑法学における刑罰論の帰趨 -」中山研一先生古稀祝賀委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集 第3巻 刑法の理論』(1997)37頁以下、井田「犯罪論をめぐる学説と実務 - ドイツの状況を中心として -」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(2003)545頁以下など参照。

224) 「消極的責任主義」または「責任主義は制約原理である」という理解を支持（または前提と）するものとして、平野・総論 52 - 53頁、澤登・前掲注(101)251頁、西原・総論下495 - 486頁、中山・総論80頁、松岡・前掲注(65)9頁、吉川・前掲注(117)140頁以下、真鍋・前掲注(119)9頁以下、中・前掲注(119)164頁、内藤・総論上127頁、小暮「犯罪論の謙抑的構成」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第2巻』(1984)11頁、大谷・総論551頁、町野『犯罪論の展開』

的と責任主義に関する現在の一般的理解によれば、理論的には、責任を「上限」とした量刑基準論が帰結されるはずであるが、その実践が困難であるがゆえに、消去法的ないし妥協的に、責任を「基礎」とした量刑基準論をとらなければならない、というように理解しなければならないのだろうか。責任主義は消極的な制約原理でなければならないとしながら、責任を「基礎」とした量刑基準論を採用する諸見解は、この点について納得のいく説明を加えていないように思われる。

しかしながら、理論量刑学を標榜する以上、そのような態度に甘んじることが許されないのは当然である。かつてシュトラーターヴェルトが「予防の必要性に関する十分な知見の欠如ゆえに……刑罰をもっぱら行為責任に方向づけさせるしか選択肢がないというのなら、そのような我々の科学の無能さの証明は、状況をまさに変えるべきこの規定〔＝代案59条〕を、実践的にとるに足らないものとして拒絶する正当な理由にはならない」²²⁵⁾と述べていたように、現実的な実践可能性の問題は、「単なる上限」論が理論的に正当であると信じる者に

(1989) 21頁、浅田・前掲注(116) 353頁以下、西田『新版 共犯と身分』(2003) 284頁、内田『改訂刑法（総論）〔補正版〕』(1997) 233頁、所・前掲注(23) 98頁、曾根「刑法における責任と予防」奥島孝康＝田中成明編『法学の根底にあるもの』(1997) 384、398頁以下、同・前掲注(106) 43頁、伊東・前掲注(124) 307頁、林(美)「責任主義」内田文昭編『争点ノート刑法（総論）〔改訂版〕』(1997) 129頁、堀内「責任の概念」西田典之＝山口厚編『ジュリスト増刊 刑法の争点〔第3版〕』(2000) 57頁、大野・前掲注(139) 215頁、齊藤・前掲注(96) 25頁、鈴木(茂)『刑法総論〔犯罪論〕』(2001) 8頁、加藤『人格障害犯罪者と社会治療』(2002) 28頁、前田・総論57 - 58頁注6、野村稔『刑法総論 補訂版』(1998) 268頁、大越義久『刑法総論〔第3版〕』(2001) 21頁、川端・総論379頁、山口・総論166頁、山中・総論 52頁、甲斐克則「責任原理の基礎づけと意義 - アルトゥール・カウフマン『責任原理』を中心として - 」内田博文＝鯉越滋弘編『市民社会と刑事法の交錯 横山晃一郎先生追悼論文集』(1997) 83頁、井田「責任論の基礎」現代刑事法16号(2000) 87頁、佐伯(仁)・前掲注(96) 43頁以下など多数。伝統的見解に属する論者の説明にも、責任主義の消極的理解に親和的なものが散見される(大塚・前掲注(70) 8頁、福田・前掲注(51) 94頁)。もっとも、後述するように、以上の諸

とって、それほど「痛い」ものではないのかもしれない。刑罰の予防効果に関する経験的知識もおよそ存在しないというわけではないし、むしろ予防的量刑論は、「不断の検証」により経験的知見を高めていくことを規範的に要請することに意味があるともいいうる²²⁶⁾。刑の不均衡や再犯可能性がない場合の緩刑（不処罰）も、特別予防的量刑論の信奉者にとっては、「望むところ」なのかもしれないのである。責任を「単なる上限」とした量刑基準論の最大のより所である、それが消極的責任主義に支えられたものであるという主張の理論的正当性にメスを入れない限り、「単なる上限」論者を説得できる可能性は低い。責任を「基礎」とした量刑基準論は積極的責任主義であるとの批判に対して、「積極的責任主義か消極的責任主義かの二者択一でわり切ろうとすることは、問題をあまりにも単純化するものだ」²²⁷⁾との反論がなされているが、そうであるならば、「あまりにも単純」ではない適切な理解を示すことが要求されるのである。そして、そのための端緒は、「消極的責任主義」ないし「責任は消極的な制約原理である」という主張の多義性、すなわち、それらが文脈次第で様々な実質的内容を意味するものとして用いられていることを認識することにある。そこでまず、この点を整理することとしよう。

第1に、消極的責任主義は、単に刑法理論全体における「必罰主義の否定」と同じ意味で用いられることがある。たとえば、「刑罰は……社会秩序の維持に奉仕しようとするものであるから、その目的の実現にとって不必要な刑罰を科すことは許されない。責任があれば必ず刑を科するという考え方（積極的責任主義）は、妥当でない」²²⁸⁾という場合がそれにあたる。消極的責任主義がこのような意味であるとすれば、それが妥当であることを否定する者は誰もいな

見解における責任主義の「消極性」の内容は一様でない。

225) Stratenwerth, aa.O. Anm(120) S.33f.

226) Stratenwerth, aa.O. Anm(120) S.33, 37 ; 本庄・前掲注(23)「刑罰論から見た量刑基準(3・完)」187頁以下。

227) 井田・前掲注(109)116頁。

228) 大谷・総論550 - 551頁。

いであろう²²⁹⁾。というよりもむしろ、それは刑法における謙抑主義の言い換えにすぎないのであって、とくに「消極的責任主義」などと呼ぶ必要もない。消極的責任主義が必罰主義を否定する意味しかもたないとしたら、あまりにも無内容な主張であると言えるだろう²³⁰⁾。

第2に、犯罪の成否・程度に関し、「責任主義は犯罪の成立を限定する原則であって、犯罪の成立を拡張する原則ではない。前者を消極的責任主義、後者を積極的責任主義と呼ぶ²³¹⁾という場合が挙げられる。これを文字通りに解するならば、責任は、犯罪の程度を制約ないし軽減する役割を担っているにすぎない、すなわち狭義の責任評価のみの考慮によって、犯罪がより重く評価されるということは、あってはならないということになるだろう²³²⁾。そのような理解は、後述するように²³³⁾、最近において少数ながら有力に主張されているところである。

第3に、前章でも検討を加えた、責任を「単なる上限」とした量刑基準論の意味で用いられる場合である。たとえば、「刑罰は行為責任を『前提条件』とし、また、行為責任を『限界』としてその限度を超えてはならないという刑罰限定的・消極的責任主義の原則を確立しなければならない²³⁴⁾、あるいはより直裁に、「消極的責任主義からは、量刑は一般予防と特別予防……という観点から正当化され、定められる。責任はそのような量刑の上限を画するものとし

229) 応報刑論がこの意味での積極的責任主義に結びつくという主張が誤解に基づくものであることについて、前掲注(104)。

230) もっとも、西田・前掲注(224)284頁のほか、多くの論者がそのような意味で「消極的責任主義」という用語を用いているようにも思われる。

231) 平野・総論 52 - 53頁。

232) もっとも、平野自身は、そのような考え方をとっていない(後掲本章第2節2(3)ウ参照)。平野説は犯罪論では消極的責任主義を貫いていないと述べるのは、平場「責任の概念要素と刑事責任論の根底」同ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第2巻』(1984)48頁注10、105頁注3。

233) 後掲本章第2節2(2)。

234) 内藤・総論上127頁。

て刑罰限定機能のみを有することになる。(西)ドイツの1956年草案や刑法改正代案はこの方向にある²³⁵⁾と言われる場合がそれである。

このように、消極的責任主義が多義的なものであるとすると、当然のことながら、それぞれの主張内容の当否が問題になる。実質的には、上記第2および第3の理解の当否が問題であるが、とくに一方を承認することが他方の承認につながるという相互的連関があるか否かをも検討しなければならないであろう。そこで以下、まず消極的責任主義の上記第2の理解の妥当性²³⁶⁾およびその量刑への適用可能性²³⁷⁾を検討したうえで(結論を先に述べれば、それらは肯定されることになる)、次に、そのことと上記第3の理解の相互的連関の有無²³⁸⁾について考察することとする。

第2節 体系カテゴリーとしての責任の役割

1 責任の違法従属性

上記第2の意味での消極的責任主義、すなわち、責任は犯罪の成立を拡張し、その「重さ」を増大させるものではないという主張は、犯罪の「重さ」がまず違法性の大きさによって与えられるということを前提として、はじめて理解できる。すなわち、犯罪の重さは、まず違法性の大きさによって方向づけられ、それを軽減する役割を担っているのが責任であると考えるのである。そのような理解によれば、責任のみの加重によって違法性の程度を越えて犯罪が重く評価されることは、あってはならないことになる。たとえば、違法性に応じた刑が懲役5年だという場合に、責任が軽いから懲役4年に軽減するということはありえても、逆に責任が重いから懲役6年に加重するということは、認められない。このような理解は、果たして正当なものであろうか。

それを肯定するためには、少なくとも、犯罪論体系における「責任の違法従

235) 林(美)・前掲注(224)129頁。

236) 後掲本章第2節。

237) 後掲本章第3節。

238) 後掲本章第4節。

属性」、すなわち責任が違法性をその論理的前提とする、当該違法行為についてのものであることが認められなければならないだろう。もし責任が違法と切り離されて、それと「並んで」犯罪の実体を成すということであれば、それぞれが独立に「重さ」を持ち、その和が犯罪の重大性になる（たとえば違法性で3年＋責任で2年＝科される刑は5年）という理解につながるからである²³⁹）。この点に関し、現在の学説は、責任非難の対象が、構成要件に該当する違法行為であるということについてほぼコンセンサスがあるといつてよく（行為責任主義）²⁴⁰、責任の違法従属性を認めることについてとくに問題はないようにも思われる。しかしながら、実質的にそれを潜脱していると考えられる見解もないわけではないので、ここでみておくことにしよう。

まず、現在のわが国の学説において、責任の違法従属性を全面的に否定するかのようない見解が、前田雅英によって主張されている。前田は、一方で、「責任主義は、構成要件に該当し違法な行為の処罰範囲を限定する消極的原理である²⁴¹」として、責任の違法従属性および責任主義の消極性を肯定するかのよう

239) 大塚・総論532頁は、「犯罪の程度を画すべき違法性および責任の程度は、まったく並列的に、同じ次元で、それぞれ独立して考慮されるべきか、それとも、責任の面に、違法性の面における検討をしめくくる意味を認め、違法性の程度を画する事実も、行為者の責任と結びつきえないものは、問題とする余地がないと解すべきか。近代刑法学における責任主義を徹底するときには、行為者に対する人格的非難とまったく無関係な客観的な侵害性は、量刑上も重要な役割を付与することは許されないとする。後者の立場に従うべきである」と述べている。この大塚の理解は、明確に、責任の違法従属性を認めるものである。

240) 行為責任論を採用するものとして、団藤・総論260頁〔人格責任論にあっても、責任判断の対象は構成要件に該当する行為そのものであり、行為責任の観念は維持すべきであるとする〕、大塚・総論424頁、平野・総論 62 - 63頁、中山・総論322頁以下、西原・総論下447頁、内藤・総論下 740頁以下、大野・前掲注(139) 212頁以下、大谷・総論330頁、浅田・前掲注(76)176頁、内田・総論224 - 225頁、鈴木(茂)・総論84頁、曾根・前掲注(106)39 - 40頁、川端・総論385頁、松宮『刑法総論講義[第3版]』(2004)158頁以下、林(幹)・総論45頁、山中・総論 52頁、山口・総論167 - 168頁、井田・前掲注(1)297頁など多数。実務家の側からも、

な論述をしているが、他方で、次のような説明をしている。「『犯罪』という一体のものを違法性と責任という要素に完全に2分することは無理があり、それはあたかも、象の頭はどこまで、胴はどこまでかを論じることと似ている。」「『犯罪の成否の判断を、論理的整合性を維持しつつ合理的に行いうるか否か』という視点から考えると、『客観的の事情を対象にするのが違法性で、行為者固有の事情を対象にするのが責任』という単純な区別が、一番有用である²⁴²⁾。「違法と責任というのは、ある意味では連続的なもので……悪いとか、許せないとか……一連のもの」であるが、「ただ私は、『あんなひどいこと』という中の、特に心の中の問題を含めて非難する場合は、責任の問題に切り分けておく。」「悪さの中には、違法と責任の、いわば真水と塩水が混ざった部分が入っているわけ」である²⁴³⁾。このような理解によれば、違法と責任は、犯罪行為に含まれる（本来不可分的である一連の）「悪さ」を、「人間の思考は、2分説が最も合理的²⁴⁴⁾という思考経済上の理由に基づき、客観・主観という形式的な基準により2つの要素に分解したものにすぎないということになるだろう²⁴⁵⁾。そこでは、違法と責任は並列的なものとして理解され、責任は必ずしも違法を論理的な前提としない²⁴⁶⁾から、両者がともに実体としての「重さ」をもつことになる。それどころか、違法と責任の区別は、もともと犯罪の成否を

「『行為責任主義』という基本原則が学説においてもおおむね一致して説かれており、実務においては当然のこととして受け入れられている」とされる（松本・前掲注（5）32頁。もっとも、小林＝原田＝岡上＝井田・前掲注（25）4頁以下も参照）。
241）前田・総論57 - 58頁注6。

242）前田・総論64頁。

243）大谷＝前田『エキサイティング刑法〔総論〕』（1998）74 - 75頁。前田『現代社会と実質的犯罪論』（1992）97頁、同『可罰的違法性論の研究』（1982）267頁も参照。

244）前田・総論52頁。

245）前田・総論60、66頁などの犯罪論体系モデルも参照。

246）それゆえ、「責任非難は存在するが違法性を欠く行為」を（処罰するか否かは別として）観念することが可能となるのである（前田・総論242頁）。

合理的に判断するという思考経済上のものにすぎないのだから、犯罪成立が肯定された後の量刑の段階ではすでにその役割を終えたこととなり、総合的な「悪さ」の程度に応じて刑を量定することすら要請されかねない。しかし、そのような犯罪論体系の理解は、違法と責任が、所為に含まれる「悪さ」を、便宜的に割り振ったにすぎないものではなく、それぞれが一定の政策原理の下で固有の役割を与えられて犯罪の実質的要素とされている²⁴⁷⁾ということを忘却するものであって、支持しえないことは明らかである。

このような、責任の違法従属性を全面的に否定することになりかねない見解に対して、違法に従属しない責任を、部分的に肯定することになると考えられるのが、いわゆる人格形成責任論（ないし行状責任論）である。人格形成責任論を提唱する団藤重光は、次のように述べる。「犯罪行為は、その背後に行為者の潜在的な人格体系を予想」するものであるから、「行為者が性格学的人格に対して主体的になにかをすることができた範囲で、人格形成における人格態度に対して行為者に非難を加えることができる」。したがって、「行為責任の背後に、さらに人格形成の責任を認めなければならない。行為責任と人格責任とは、前者が第1次的、後者が第2次的に考慮されながら、究極においては、合一されるものである²⁴⁸⁾。たとえば、常習犯に対する（構成要件上ないし量刑上の）刑罰加重は、「常習性の形成が本人の責に帰することのできるものであるときは、責任非難はそれだけ大きくなるはずであり、したがって重い刑に値する」²⁴⁹⁾ということに基づくものである。この見解は、行為者人格に着目した刑罰加重の必要性に、犯罪論体系上の「居場所」を与えることができると同時に、有責的に形成された人格のみが刑罰加重を正当化するという意味で、それに一定の歯止めをかけようとする点で注目すべき理論構成ではあるものの、わが国の多数説およびドイツの圧倒的通説・判例は、これを明確に拒絶してい

247) この点について詳しくは、後掲本章第3節および第4節。

248) 団藤・総論260 - 261頁。

249) 団藤・総論38頁。

る。その問題点は、多くの論者によって様々に指摘されており²⁵⁰⁾、ここでは詳論を避けるが、本稿の文脈においてとくに重要だと思われるのは、「行状不法が欠けるところに、行状責任もまたありえない」²⁵¹⁾という指摘である。すなわち、責任は「それ自体として」存在するものではなく、「何か」(= 責任非難の対象) に関係するものであるところ²⁵²⁾、行状責任論(ないし人格責任論)によれば、それは行為者の一般的な行状(ないし悪しき人格を形成した諸活動)に求められることになる。しかし、このような理解は、刑法が悪しき一般的行状(や人格形成活動)それ自体には違法評価を加えていないことと相容れない。違法行為が行なわれていないにもかかわらず、行状(や人格形成活動)を独立に取り上げて処罰することを真剣に主張する者はいないと思われるが、行状責任(ないし人格形成責任)により刑が加重されることを認める場合、その加重された部分について言うかぎり、行状(や人格形成活動)が処罰されているのと同じことなのである。

ドイツの圧倒的通説は、わが国のそれよりも明確に、「責任の不法関係性」を強調する。たとえばブルンスは、「量刑責任は、構成要件から解放された空間を漂っているわけではなく、『不法に関係した』ものである。すなわち、孤立した、分離可能な要素としての不法または(および)責任が刑の重さに影響するのではなく、責任刑法の体系における中心的な量刑事情は『有責な不法』である。つまり不法関連性を欠く刑法上の責任は存在しない」²⁵³⁾と述べている²⁵⁴⁾。連邦通常裁判所も、ブルンスの著作を引用して、このことに同意し

250) 平野・総論 61頁以下、西原・総論下448頁、福田・総論181頁、中山・総論322頁以下、大谷・総論330頁、内藤・総論下 749頁以下、平場・前掲注(232)62頁以下など。

251) Horn, a.a.O. Anm(176) § 46, Rn.43; Erhard, a.a.O. Anm(77) S.107; 井田・前掲注(23)「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)」91頁。

252) Montenbruck, a.a.O. Anm(56) S.69.

253) Bruns, a.a.O. Anm(94) S.145.

254) Vgl. auch Dreher, Über Strafrahmen, in: FS-Bruns, 1978, S.145; Michael

ている。「犯罪の重大性と個人的責任は……独立的で無関係の、同等の価値をもつ基準ではない。責任非難は抽象的なものではなく、常に一定の重さをもつ犯罪との関係においてのみ測定可能である。所為の不法が行為者の責任とのつながりがある範囲でのみ量刑上意味があるのと同じように、個人的責任も、それが特定の不法な所為によって重さを獲得している限りでのみ意味がある」²⁵⁵⁾。

このように、行為責任主義を維持し、違法評価の加えられていない悪しき一般行状や人格形成活動は責任非難の対象となりえないとすれば、当該違法行為に直接関係しない事情に基づいて責任が加重されることはありえない²⁵⁶⁾。これを量刑論に適用するならば、たとえば、働こうと思えば働けるのにあえて無為徒食の生活を送っていた者が困窮し食べ物を盗んだ（窃盗罪）、普段から女性を性の対象としてしか扱わず、その人格を軽視した態度をとってきた者が強姦を犯したという事案（強姦罪）において、「無為徒食の生活を送っていたこと」、「女性の人格を軽視していたこと」を、責任刑を加重する事情と考えることは許されない。窃盗罪や強姦罪の規定は、無為徒食することや女性の人格を軽視した態度で日々過ごすことそれ自体に違法評価を加えようとするものではないからである。

もっとも、この結論をよしとしない者は、直ちに、次のように反論するであろう。「これらの場合の量刑加重は、無為徒食の生活を送ったという事実や、女性の人格を軽視する態度それ自体を非難し、処罰の対象としているわけではない。働けるのに働かないという怠惰な、または女性の人格を軽視するという非難すべき人格態度のあらわれとして、窃盗、強姦という違法行為が行われて

Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umstandender(§§ 46 Abs.3, 50 StGB) 1982, S.119; Montenbruck, aa.O. Anm(56) S.69 usw.

255) BGH StrV 1983, 322, zit. mit Bruns, aa.O. Anm(94) S.146.

256) これに対し、松宮・総論160頁は、行為責任主義をとる場合も、たとえば「累犯や常習犯であることが、行為責任の範囲内で、責任を加重する因子として働くことを否定するものではない」〔傍点筆者〕とするが、筆者には、その趣旨が理解できない。

いる以上、それによって『当該違法行為についての』責任非難が増大するのだ」と。このように、責任の違法従属性ないし行為責任主義を前提としながら、行為にあらわれたかぎりで、様々な（構成要件外の客観的事情からも推認される）主観的事情を考慮して責任を加重できるのだとすると²⁵⁷、行為責任主義をとること自体によって達成される責任主義の刑罰限定機能は、実はそれほど大きなものではない²⁵⁸。そうすると、真に重要な問題は、行為責任主義を前提として、それに関連する事情であれば、犯罪（ないし責任刑）を「重くする」方向でも考慮できるのか、ということになるだろう。そこで、次に、責任に関連する事情の「評価方向」に関する学説の態度を概観し、検討を加えることとする。

2 責任関連事情の評価方向

(1) 加重的考慮を肯定する見解

わが国の多数説は、一方で責任が消極的な制約原理にすぎないことを強調しつつ、他方で、責任に（のみ）関連する事情による刑罰加重（＝責任の加重的考慮）の余地を認めている。そのことは、客観的な法益侵害性が同等であると思われる場合の、人的ないし主観的な要素による刑罰加重の理論的根拠について、多くの論者が（狭義の）責任加重による説明の余地を排除していないということから明らかである。たとえば、累犯加重（刑法56条、同法57条）の根拠は、「一度刑を科したのにかかわらず、性懲りもなく、また罪を犯したという点で したがって多分に行為責任的な見地から 初犯者よりも強い非難が加えられうる」からであるとされ²⁵⁹、常習賭博罪（同法186条）における常習性についても、「行為者の属性であって……責任要素と解する立場」が判例・

257) z.B. Schönke/ Schröder(Stree), a.a.O. Anm(109), § 46, Rn.4; Jescheck/ Weigend, A.T., S.423f.; Franke, a.a.O. Anm(40) § 46, Rn.24ff., 30, 39ff.

258) 後掲本章第2節参照。

259) 団藤・総論532頁、川端・総論667頁。さらに、大塚・総論518頁、大谷・総論544頁など〔人格の危険性と並列的に責任非難の加重を挙げる〕。

通説であるとされている²⁶⁰）。また、業務上横領罪（同法253条）の「業務者」による加重の根拠を、「背信性の強さが責任を加重する」こと²⁶¹や「一般予防の見地から責任を加重する」こと²⁶²）に求める見解、保護責任者遺棄罪の加重根拠を違法性ではなく責任の加重で説明する見解も有力であり²⁶³、そのほか例を挙げればきりがないだろう²⁶⁴）。とりわけ注目に値するのが、上記のような学説の傾向は、違法論におけるいわゆる結果無価値論と行為無価値論の対立と無関係に認められるということである。というのも、結果無価値論をとる見解が、法益侵害性に影響しない人的ないし主観的要素による刑罰加重を違法性に関連づけにくいということから、それらを（消去法的に）責任加重事由に位置づけざるをえない²⁶⁵）というのは理解できないことではない。しかし、行為無価値論をとる場合、人的ないし主観的要素による違法性の加重に原理的な障害はないはずである²⁶⁶）。それらの見解をも含めた圧倒的多数の論者が、責任加重による刑罰加重を認めているということは、責任関連事情の評価方向を軽減方向に限定するという問題意識が、学説全体としていかに乏しいかが示され

260) 川端「賭博罪 - 処罰根拠と常習性」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第6巻 - 各論の諸問題』（1993）294、299頁、西田『刑法各論 第2版』（2002）394頁。さらに、大塚『刑法概説（各論）〔第3版〕』（1996）530頁、大谷『新版刑法講義各論〔追補版〕』（2002）535頁など〔行為者の属性であるとともに行為の属性でもあるとする〕。

261) 中山『刑法各論』（1984）313頁、曾根『刑法各論〔第3版補正版〕』（2003）178頁。

262) 大谷・各論316頁。平野『刑法総論』（1975）373頁、西田・各論239頁、山口『刑法各論』（2003）307頁なども参照。

263) 平野「単純遺棄と保護責任者遺棄」警察研究57巻5号（1986）10頁、中山・各論92頁、大谷・各論76頁、曾根・各論46頁、林（幹）『刑法各論』（1999）47頁など。

264) たとえば、神山敏雄「職権濫用罪の法益についての一考察」浅田和茂ほか編『井戸田侃先生古稀祝賀論文集 転換期の刑事法学』（1999）808頁以下。

265) 本庄・前掲注（23）「量刑責任の刑罰限定機能について（2・完）」139頁以下参照。とくに顕著なのは、前田・総論65 - 66頁。

ているといえるのである。

ドイツにおける通説も、前述のように行状責任をはっきりと拒絶し、責任が不法に関係したものであることを強調しながら、責任のみの加重による刑罰加重の余地を否定しない。このことは、(量刑)責任論の総論レベルでは必ずしも明確でないものも多いが²⁶⁷⁾、各論的な説明をみれば容易に判明する。たとえば、ドイツにおいては、累犯加重を規定した刑法旧48条が1986年に削除された後も、量刑において前科を考慮することが判例・通説によって認められているが、その説明として、次のように述べられている。「行為者の前歴の中で、実務的観点において量刑上最も重要な点は、過去の犯行および警告による不利益取扱いである。……前科は、それにより行為者の責任……が高められる場合、刑罰加重的に作用する。……それは、個別事例の状況に応じて、いかなる理由からいかなる前科が量刑関連性を持つかについての、より慎重な検証を要する。その場合つねに決定的なのは、行為者に対し、今回有罪判決を下される所為との関係で、その者が過去の有罪判決を警告として役立たせなかったことを非難できるか否かおよびその程度である」²⁶⁸⁾。このように、前科の量刑上の(加重的)考慮を、いわゆる警告理論によって説明する見解は通説的なものと考えら

266) もっとも、わが国では、行為無価値には、「法益を侵害しても、社会的に相当であれば違法でない」という意味合いでの消極的な役割しか認められないとする片面的理解が(少なくとも表面的には)有力であり(福田・総論239頁以下、大塚1997・347頁以下、大谷2004・247頁以下など)それに字義通りにしたくえば、結果無価値の程度を越えて、行為無価値によって刑を加重することはできないという理解にも至りうるかもしれない。

267) 責任の違法関係性を認めつつ、(違法と区別された)狭義の責任もまた上昇可能な概念であることを明示的に認めるのは、たとえば、Bruns, a.a.O. Anm(94) S.145f., ders. Neues Strafzumessungsrecht?, 1988, S.49f.; Jescheck/ Wolfgang Ruß/ Günter Willems(Hrsg.) Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar, 10.Aufl., 1979, § 46, Rn.9ff(Günter Hirsch) Hettinger, a.a.O. Anm(254) S.119f.

268) Franke, a.a.O. Anm(40) § 46, Rn.40.

れる²⁶⁹⁾。また、それに対する批判も、警告理論の非現実性を指摘するもの、すなわち前科者は受刑による環境の悪化によりむしろ他行為可能性が減少するのが一般であるとの考慮に基づくものが多いように思われ²⁷⁰⁾、責任のみの加重による刑罰加重の可能性それ自体を批判するものは稀なのである。

次に、ドイツ刑法に少なからず存在する、いわゆる心情要素を要件とした加重構成要件をめぐる議論も参考になる。それにいかなる理論的説明を与えるかによって、違法・責任の役割についての論者の考え方が明らかになるからである。とりわけ問題となるのは、謀殺罪(ドイツ刑法211条。法定刑は絶対的な無期自由刑)²⁷¹⁾において「殺人嗜好」、「性欲の満足」、「物欲」などの「下劣な動機」または「他の犯罪行為を可能にし、又は隠蔽する」という目的から人を殺した場合に、一般の故意殺人(故殺罪、同法212条。法定刑は5年以上の自由刑)に比して著しく刑が加重されていることをいかに説明するかである²⁷²⁾。そして、この点についても、責任の加重で説明する見解が有力に主張されている。たとえば、ハンス・ハインリヒ・イエシエックとトーマス・ヴァイгентは、

269) Bruns, a.a.O. Anm(267) S.59; Zipf, Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB, in: FS-Trondle, 1989, S.445; Lackner/ Kuh(Lackner) StGB, a.a.O. Anm(136) § 46, Rn.37; Trondle/ Fischer(Fischer) a.a.O. Anm(109) § 46, Rn.38; Schonke/ Schroder(Stree) a.a.O. Anm(109) § 46, Rn.37; Jescheck/ Weigend, A.T., S.892f.; Gerhard Schafer, Praxis der Strafzumessung, 3.Aufl., 2001, Rn.362ff.

270) z.B. Stratenwerth, a.a.O. Anm(120) S.15ff.; Bernhard Haffke, Rückfall und Strafzumessung, in: Schünemann(Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S.206ff. (= 井田良訳「累犯と量刑」山中敬一・浅田和茂監訳『現代刑法体系の基本問題』〔1990〕179頁以下); Schünemann, a.a.O. Anm. (170) S.236f. わが国の文献では、西原・総論下446頁、吉岡『刑事制度論の展開』(1997) 200 - 201頁、阿部「累犯加重の根拠」岩田誠先生傘寿祝賀記念論文集刊行会編『岩田誠先生傘寿祝賀・刑事裁判の諸問題』(1982) 89頁以下など。

271) ドイツ刑法の謀殺罪に関する判例・学説の紹介として、山本光英『ドイツ謀殺罪研究』(1998)

272) これに対し、「陰険に」、「残酷に」、「公共に危険を生じさせるべき手段を用い

「責任判断の対象は所為（Tat）であるが、そこで考慮されるのは、所為への決断を生じさせた法的に瑕疵ある心情（非難に値する法的心情）」²⁷³）であって、「その際基準となるのは、意思形成の動機がもつ価値が高いか低いかである。それゆえ責任は、不法と同様、上昇可能な（Steigerung fähig）概念である」²⁷⁴）という責任論を前提に、心情要素の位置づけについて次のように述べる。「責任要素……の独自性は、『倫理的価値に反した精神的態度』が構成要件において直接的に示されているという点にある」〔下線部原文イタリック〕。したがって、「心情要素の……一部は責任要素として、一部は不法要素と考えられなければならない（区別説）。すなわち、不法領域において対応する関係づけられる拠点（Bezugpunkt）を持たず、直接的かつ排他的に、責任領域に属する事情とのみ結びつけられる心情要素だけが、真正の責任要素とされうる。これに対して、特殊の不法要素の主観的な投影（Kehrseite）にすぎない心情要素は、それ自体としては主観的不法要素にほかならない（不真正心情要素）」²⁷⁵。そして、そのような理解から、謀殺における、「倫理的価値に反した動機（殺人嗜好、性欲の満足、物欲、下劣な動機）」や「他の犯罪行為を可能にし、または隠蔽する意図」を刑罰加重の真正心情（＝責任加重）要素とするのである²⁷⁶。このような理解のうち、「不真正心情要素」がもっぱら不法要素であるという点については異論も提起されているものの²⁷⁷、本稿の問題意識からして重要である、「真正

て」といった謀殺要素については、違法性の加重により説明するのが一般的である（Schonke/ Schroder (Albin Eser) a.a.O. Anm(109) § 211, Rn.6; Hornle, a.a.O. Anm(219), S.1088, Fn.88）。もっとも、それらの事情も、わが国において主張されているような結果無価値論を前提とする場合、違法性といかに関係しうるのが問題とされえよう。

273) Jescheck/ Weigend, A.T., S.422.

274) Jescheck/ Weigend, A.T., S.426, 470. 量刑責任との関係では、S.889を参照。

275) Jescheck/ Weigend, A.T., S.472f.

276) Jescheck/ Weigend, A.T., S.472f. なお、「陰険に」、「残酷に」、「公共に危険を生じさせるべき手段を用いて」は、「不真正心情要素」に位置づけられる。

277) Roxin, A.T. I, § 10, Rn.82.

心情要素」をもっぱら責任要素として位置づけ、しかもそれが不法とは無関係に刑罰を加重するものとみる理論的態度については、多くの有力な論者による賛同(ないし黙認)がある²⁷⁸⁾。さらに、論者の中には、謀殺要素が不法要素か責任要素かといった議論にはあまり実益がないとして、関心を寄せない者もいるが²⁷⁹⁾、違法と責任がともに刑罰加重的に作用しうることを前提としているからこそ、そのような態度が可能になるのであろう。

(2) 加重的考慮を否定する見解

以上に対して、最近のドイツ量刑論においては、「不法と非難可能性、結果無価値と行為無価値を区別せずに、ただ十把一絡げに、所為関係要素と行為者関係要素を問題としている」²⁸⁰⁾通説的見解に対し、その不法・責任概念の不明確な使用²⁸¹⁾を批判する動きが活発化している。すなわち、犯罪論における、責任は不法に応じた刑量を制約する役割を担うにすぎず、独立した責任要素による刑罰加重は認められないという理解を前提に、それを量刑責任論にも及ぼ

278) Schmidhauser, Strafrecht A.T. Lehrbuch, 2.Aufl., 1984, 10/124ff.; Schonke/ Schröder(Lenckner) a.a.O. Anm(109) Vor § 13, Rn.119ff.; Hettinger, a.a.O. Anm(254) S.120; Roxin, A.T. I, § 10, Rn.73ff. とくに注目に値するのは、イエシエック等の責任概念を批判し、責任を「規範に対する感応可能性」と定義しているロクシンも、例外的にそれと無関係な心情要素による責任加重がありうることを認めていることである(Roxin, A.T. I, § 19, Rn.51)。これに対し、謀殺要素はすべて少なくとも不法にも属するとするのは、Jakobs, A.T., 8/98.

279) Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 17.Aufl., 1974, Vor § 211, Rn.6; Lackner/ Küh(Kühl)StGB, a.a.O. Anm(136) Vor § 211, Rn.19.

280) B-D Meier, a.a.O. Anm(40) S.165.

281) Vgl. Erhard, a.a.O. Anm(77) S.147.; Hörnle, a.a.O. Anm(219) S.1080.

282) Horn, a.a.O. Anm(176) § 46, Rn.41ff.; Frisch, a.a.O. Anm(188) S.382ff., ders., a.a.O. Anm(177) S.289, ders., Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: FS-Müller-Dietz, 2001, S.240ff. (= 岡上雅美訳「犯罪論と量刑における不法と責任」法政理論35巻4号〔2003〕342頁以下); Erhard, a.a.O. Anm(77) S.160ff., 228, 344ff.; Hörnle, a.a.O. Anm(219) S.1084, 1087, ders., a.a.O.

うそうとする見解が、徐々に支持者を増やしているのである²⁸²⁾。それらの見解によれば、犯罪の「重さ」を判断するにあたっての不法と責任の関係は、次のように説明される。「責任判断は、行為者によって実現された不法から刑罰に至る途中で通過されなければならない、調節可能な網目の付いたふるい (Sieb) として理解される場合、もっとも適切に説明されうる。不法の意識 [「完全な」責任] があったか否か、なかった場合は 不法の認識やそれによる動機づけの能力がどの程度あったか [「軽減された」責任] に応じて、不法の全部またはその一部のみが『刑罰へとふるい落とされていく』。責任無能力の場合、実現された不法の全部が責任の『ふるい』にひっかかったままとする」[傍点筆者]²⁸³⁾。それゆえ、「『責任相当』刑とは、ほとんどの場合つまり責任が軽減されない場合にはつねに『不法相当』刑として理解されうる。したがって、刑罰の量にとって構成的 (konstitutiv) とみられるのは、行為者によって実現された不法の重大性のみである。……刑罰の量 (Maß) にとって、責任の程度 (Höhe) は、限定機能しかもたない」²⁸⁴⁾。「責任を阻却し、または制限する事情は存在するが、しかし責任の完全形式以上のものを観念することはできない」²⁸⁵⁾、すなわち「所為に存する不法について、完全な責任以上の責任を負うことはできない」から、「刑罰の加重を根拠づけることができるとすれば、それは狭義の責任以外のところ……つまり不法においてなされなければならないのである」²⁸⁶⁾。そして、このような理解の理論的帰結として、量刑において、行為者人格²⁸⁷⁾、犯行動機²⁸⁸⁾、悪しき心情や倫理的評価²⁸⁹⁾、非難

Anm(18) , S.151ff.; 392; B-D Meier, a.a.O. Anm(40) S.165; Streng, a.a.O. Anm. (40) Rn.427.

283) Horn, a.a.O. Anm(176) § 46, Rn.41.

284) Horn, a.a.O. Anm(176) § 46, Rn.42.

285) Frisch, a.a.O. Anm(188) S.382.

286) Frisch, a.a.O. Anm(177) S.289.

287) Horn, a.a.O. Anm(176) § 46, Rn.44; Frisch, a.a.O. Anm(188) S.384; Hornle, a.a.O. Anm(219) S.1086.

すべき目的²⁹⁰、さらには前科²⁹¹などを、責任を加重する要素として、刑罰を加重する方向で考慮することはできないことになる。また、前述の謀殺要素も、責任要素として解釈されてはならないことになり、不法要素とされるか²⁹²、立法論として廃棄を迫られる²⁹³のである。

このような理解は、わが国においても、少数ながら、有力な論者によって示されている²⁹⁴。たとえば、内田文昭は、「責任は、刑罰の量を低減させる方向で機能する」²⁹⁵という理解を前提に、いわゆる共犯と身分に関する議論において責任(加重的)身分の存在を認める見解²⁹⁶に対して、「責任を軽くする身分はあっても……責任を重くする身分はあってはならない……責任論は、減輕の理論だったはずである」と疑問を呈している²⁹⁷。井田良も、「違法の量を責任の量に媒介するものとして、故意を責任要素に位置づけることが不可欠である」という見解²⁹⁸を「理解しがたい論理」であるとし、次のような説明を加えている。「責任判断は、不法と切り離されて独立に存在するものではない。責任は、不法とは異なり、処罰を根拠づけるものではなく単に限定するものにすぎ

288) Hornle, a.a.O. Anm(18) S.60f., 394.

289) Horn, a.a.O. Anm(176) § 46, Rn.44; Hornle, a.a.O. Anm(219) S.1088; Streng, a.a.O. Anm(40) Rn.427.

290) Frisch, a.a.O. Anm(282) S.241.

291) Erhard, a.a.O. Anm(77) S.163; Hornle, a.a.O. Anm(18) S.159ff., 396.

292) Horn, a.a.O. Anm(176) § 211, Rn.3, 8ff.

293) Hornle, a.a.O. Anm(219) S.1089は、ドイツ刑法211条を現代的な責任論(および「外界との関連づけ」を必要とする不法論)と整合的に解釈することは不可能であるとして、法改正の必要性を強調している。

294) 平場・前掲注(232) 37頁以下、75頁、95頁、100頁以下、内田・総論46、96、219頁以下、同『犯罪論の実質とその現象形態』(1993) 18頁以下、同・前掲注(88) 72頁、同『刑法概要 中巻』(1999) 190頁以下、井田・前掲注(23) 「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1) 」82、89頁以下、同・前掲注(1) 302頁、同「いわゆる違法2元論をめぐる一考察」岡本勝ほか編『刑事法学の現代的課題 - 阿部純二先生古稀祝賀論文集』(2004) 125頁、本庄・前掲注(23) 「量刑責任の刑罰限定機能について(2・完) 」140頁以下。岡上・前掲注(23) 「責任刑の意義と

ず、それじたい独立の分量を持っているものではない。分量を与えるのは不法でしかあり得ないのである。不法とは処罰の基礎づけ（エンジン）であり、責任とは処罰の限定（ブレーキ）にすぎない。違法性の段階で、10の不法が基礎づけられたというとき、責任の段階ではそのうちどれだけを主観的に帰責しうるかが問題になるのである（たとえば、帰責は2分の1または3分の1に限定されるというように）。……このように考えるとき、責任の段階において『違法の量を責任に媒介するもの』などまったく不要である²⁹⁹⁾。

(3) 検討

それでは、このような対立の存在を前提として、いずれの基本的態度をもって正当とすべきだろうか。すなわち、責任関連事情の評価方向についていかに考えるべきだろうか。この問題を検討するにあたり、まず考えなければならないことは、前述のように責任の違法従属性を肯定し、行状責任を拒絶する多数説の理解にしたがう場合、そこから直ちに、責任関連事情の評価方向が（軽減方向に）限定されるのかということである。たとえば、タトヤーナ・ヘルンレは、量刑責任論の現状について、「行状責任の放棄は、歓迎されるべきことである。しかし嘆かわしいことに、量刑における責任の理解にとっての必然的な諸帰結が、そこから引き出されていない³⁰⁰⁾」と述べていることからすると、そのような理解であるように思われる。わが国においても、井田は、個別行為

量刑事実をめぐる問題点(1)」112頁以下、城下・前掲注(1)112頁も参照。

295) 内田・総論46頁。

296) 代表的なのは、平野・総論 373頁以下、西田・前掲注(224)167頁以下。

297) 内田・総論96頁。

298) 高山・前掲注(8)88頁、佐伯(仁)「故意・錯誤論」山口＝井田＝佐伯(仁)『理論刑法学の最前線』(2001) 101頁。

299) 井田「コメント」山口＝井田＝佐伯(仁)『理論刑法学の最前線』(2001) 133頁。

300) Hornle, aa.O. Anm(219), S.1086. Vgl. auch Frisch, aa.O. Anm(188) S.381ff.

が科刑の基礎となり限界となるという意味での「行為(責任)主義」の帰結として、とくに付加的な理由づけなしに、「刑量を基礎づけるのは不法のみであり、責任はこれを限定し得るにすぎない」と述べており³⁰¹⁾、そのような理解に親和的ともいえる。しかしながら、個別行為責任主義を前提とした場合であっても、一定の心情要素の存在によって責任が加重されるということは、およそ観念不可能というものでないだろう。ある犯罪をさしたる動機もなく行った場合に比べて、きわめて卑劣な動機から行った場合の方が、「その犯罪行為に対する」非難が高められるということは、常識的な感覚としては理解できないことではない。前科者が「性懲りもなく再び罪を犯した」場合、一般的な感覚によれば、そうでない場合に比べて一層強い非難が向けられようであろう。そして、このように考えるならば、多数説の量刑責任の理解は、少なくとも形式論理の問題としては、個別行為責任主義と矛盾するものではないと考えられる。責任の違法従属性は、責任の加重的考慮を否定するための必要条件ではあるが、しかし十分条件ではないのである。

重要なのは、責任の加重的考慮が論理的に成り立たないことではないとしても、それを積極的に許容することが、実質的に妥当であるか否かという価値判断である。すなわち、刑法学は、犯罪論体系において、構成要件該当性、違法および責任というカテゴリーを設け、それぞれに固有の政策目的を託しているわけであるが、そのことと、責任の加重的考慮の関係が検討されなければならない。問われるべきは、「責任非難が重いから刑罰を加重する」といわれる様々な場面で、実質的に何を目的としている(と解されざるをえない)のか、そして、その目的は、責任という体系カテゴリーの設置に託された政策目的に適っているのかということである。以下では、そのことを念頭において、責任の加重的考慮を肯定する見解の考えられる論拠をみていくこととしよう。

301) 井田・前掲注(23)「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)」
88 - 89頁。

ア 素朴な法感情

責任非難の増大による刑罰の加重を肯定する論拠として、まず考えられるのは、先にも述べたように、一定の事情により当該違法行為に対する非難の程度が高まる（いわば120%非難可能となる）といえる以上、その場合に刑が重くなるのは「当然だ」という素朴な法感情であろう。これを明示的に強調する見解は必ずしも多くはないが、「何のためなのか」という目的に関心を払うことなく、責任非難の増大による刑罰加重をむぞうさに認めている多くの見解は、この論拠に分類されうる。

しかしながら、責任の加重的考慮がそのような素朴な常識論に支えられたものであるとしたら、それは「心情刑法」を招き、または法的責任と倫理的責任を混同するものとして警戒視されなければならない。ブルンスは正当にも、量刑責任は「道徳的、宗教的ないし哲学的な意味での責任ではない」³⁰²⁾ことを強調し、「量刑における考慮が被告人の全体的行状の一般的な勘定になってしまっただけとはいえない。量刑裁判官は……犯罪の評価をきっかけとして、有罪とされた者に対して一般的倫理的価値判断を下し、その者の普段の過ちや欠陥をそれに結びつける権限はない」³⁰³⁾と述べている。しかし他方で、違法性と無関係な心情要素による刑罰加重を肯定するならば、「ブルンス……が避けようとした、通俗的な倫理化、行為者の倫理的責任の決着、道徳裁判への口実を与えることになる」³⁰⁴⁾という指摘は当たっているといえよう³⁰⁵⁾。ブルンスを含む多数説はこの危険を回避するべく、心情ないし人格的要素による責任の加重は、それが行為にあらわれた（ないしそれと関係した）ものであるかぎりでは認められるとしているが³⁰⁶⁾、そのような限定には、実際のところ、ほとんど意味がない。

302) Bruns, a.a.O. Anm(94) S.146.

303) Bruns, a.a.O. Anm(94) S.191.

304) Frisch, a.a.O. Anm(188) S.384.

305) Vgl. Horn, a.a.O. Anm(176) § 46, Rn.44; Hornle, a.a.O. Anm(219) S.1083.

306) Bruns, a.a.O. Anm(94) S.192; Schonke/ Schroder(Stree) a.a.O. Anm(109) § 46, Rn.4; Lenckner2001, Vor § 13ff., Rn.119; Jescheck/ Weigend, A.T., S.423, 887

「自堕落で無気力な性格が困窮そして窃盗行為に結びついたのだ」、「他人を思いやることのできない性格が暴行、傷害行為にあらわれたのだ」といった関連づけは、ほとんどの場合に可能であると思われるからである。

さらに、無視しがたいのは、「違法の面で相違がないのに、専ら責任の面で重いという理由のみから加重しようとするのは、その限りで、『意思』だけ、『人間的特性』だけを処罰することになりかねない³⁰⁷⁾という指摘である。「重く非難できるのだから、重く罰するのは当然だ」という常識的感覚は、実質的には、このような「意思」ないし「人間的特性」に対する処罰を肯定しようとするものにほかならない³⁰⁸⁾。そのような意味合いで責任が加重的に考慮された場合、その加重された部分の刑は、悪しき「意思」ないし「人間的特性」それ自体に向けられていると考えざるをえない。責任に報いることそれ自体は刑罰目的たりえないという現在の一般的理解からすれば、そのような処罰を認めることができないのは明らかであろう。それは、標語的にいえば、「(違法はなくとも)責任あれば刑罰あり」ということになり、まさしく「積極的責任主義」と呼ぶにふさわしい考え方なのである。

イ 法的に非難されるべき心情

次に、前述したイエシェックらの責任論、すなわち、責任とは「所為にあらわれた、法的に瑕疵ある(非難されるべき)心情」であるとする見解³⁰⁹⁾によれば、責任は不法と同じく上昇可能な概念であるということが明らかであり³¹⁰⁾、そのことはかかる責任論の主張者によっても積極的に承認されてきた。その1

usw.

307) 内田・総論96頁。

308) 「常識的な感覚」が、個別行為と行為者人格を区別するとは思われない。小林=原田=岡上=井田・前掲注(25)85頁参照。

309) Jescheck/ Weigend, A.T., S.422ff., 889; Schönke/ Schroder(Lenckner) Vor § § 13ff. Rn.119.

310) Vgl. Hornle, aa.O. Anm(219) S.1084; Frisch, aa.O. Anm(282) S.243f.

つのあらわれとして、不法に対応物をもたない要素が純粋な責任要素であるとされ、それが刑罰加重事由として説明されているのである³¹¹⁾。

このような責任理解（およびそれによる刑罰加重）の問題点もまた、非難されるべき心情を刑罰加重に結びつけるのは「何のためなのか」という目的があいまいであるということである。ロクシンは、イエシェックらの見解について、非難されるべき心情というのは形式的な定義にすぎず、「何を理由として行為者の心情が法的に非難されるのかについての評価規準を示していない」と批判しているが³¹²⁾、それも、法的に重い非難に値する場合にそうでない場合よりも刑を加重することの目的が明示されていないことに起因すると思われるのである。それが、「当然だ」、「とくに目的などない」ということであれば、上述した素朴な法感情による基礎づけと同じことになるから、妥当でない。イエシェックらによれば、責任主義は、国家による抑圧的作用の行き過ぎから行為者を保護するとともに、刑罰が公的な非難として社会倫理的な無価値判断を受けるにふさわしい行為に制限されるように配慮する（それによって「倫理の最小限」性を強調する）ものであるとされているが³¹³⁾、少なくともからは、「責任が重いから加重しよう」という発想はおよそ出てこない。また、違法行為のうち処罰されるものを社会倫理的な非難が可能なものに「制限」するものであって、加重を正当化するニュアンスは感じられない。要するに、この見解は、責任（主義）に託された当初の政策目的と最終的な責任判断の基準との間に、有意的な連関が感じられないのである³¹⁴⁾。

311) 真正心情要素と不真正心情要素の区別およびその理論的位置づけにつき、前掲本節2(1)。

312) Roxin, A.T. I, § 19, Rn.24.

313) Jescheck/ Weigend, A.T., S.24.

314) また、イエシェックらは、「非難は……保護法益の尊重要求に刃向かう心情が犯罪行為にあらわれているかぎりでは正当である」と述べており（Jescheck/ Weigend, A.T., S.422）これに鑑みると、法益保護という刑罰目的をよりよく達成するために、それを軽視する心情を伴った行為（者）にはより強く働きかけなければならないというのが、責任の加重的考慮の趣旨なのかもしれない。そうだと

ウ 予防的責任論

以上に対して、責任の加重的考慮をより明快に説明しうるように思われるのが、責任概念を犯罪予防の見地から構成する諸見解（「予防的責任論」³¹⁵⁾）である³¹⁶⁾。たとえば、西田典之が、（消極的責任主義の見地からは）責任を軽くする身分はあっても、責任を重くする身分はあってはならないという内田の指摘³¹⁷⁾に対して、次のように反論しているのが典型的である。「消極的責任主義をとれば理論的に責任加重身分を否定すべき必然性はない……消極的責任主義とは、『責任あれば（必ず）刑罰あり』という積極的責任主義に対置されるものであるが、その趣旨は、責任が認められない場合に処罰すべきでないのもちろんとして、責任が認められる場合であっても、他の制裁や処分が一般予防、特別予防の観点から適切である場合には、むしろ刑罰の使用を控えるべきであるという点にある。……したがって、刑罰が適切である場合には、責任に基づく刑の加重を認めることも当然に可能となる。さもなくば、累犯加重の制度は消極的責任主義に反するものとして否定さるべきことになろう。〔改行〕違法が同じでも責任が異なりうることは……量刑において明らかとなる。たとえば、甲と乙が共同して窃盗を行った場合でも、甲は困窮状態のゆえに仕方なく、乙は遊興費欲しさにやったという場合、法益侵害の点では同じでも、責任の点では乙のほうがより強い非難に値し、したがって、量刑も重くてよい。」「業務者、常習者、（麻薬密輸入罪の）営利の目的などの客観的、主観的要素は、まさしく、このような責任に基づく加重的量刑事情が類型化されたものであり、それゆえ

すれば（他の箇所での記述との整合性は度外視する）、次に検討する予防的責任論の一種といえる。

315) 呼称については、内田「決定論と予防論 - 最近の『予防的責任論』をめぐって - 」内藤謙ほか編『香川達夫博士古稀祝賀 刑事法学の課題と展望』（1996）244頁注17参照。ドイツでは「機能的責任論（funktionale Schuldlehre）」と呼ばれることが多い（Vgl. Hörnle, a.a.O. Anm(219) S.1083）。

316) Vgl. Hörnle, a.a.O. Anm(219) S.1084; Frisch, a.a.O. Anm(282) S.245ff.

317) 内田・総論95頁。

に、加重的責任身分なのである」〔傍点筆者〕³¹⁸⁾。

責任と量刑をめぐるこのような理解が、わが国においては平野によって提唱された、責任を予防の見地から構成する見解を背景としていることは明らかである³¹⁹⁾。平野は、応報刑論および(相対的)意思自由論と結びついた伝統的な道義的責任論を強く批判して、責任主義が目的刑論(抑止刑論)からの内在的要請であるということを、次のように説明した。「人間の意思が……自由であるかどうかは、決定されているか決定されていないかの問題ではなく、なにによって決定されているかの問題である。そして刑法の場合は社会的な非難によって決定されることが自由なのである。刑罰も、〔社会的な非難ないし規範意識によって決定されうるといふ〕人間の意思のもつ法則性を利用して、将来行為者および一般人が同じような事態のもとで犯罪を行わないように新たな『条件づけ』を行おうとするものにほかならない」³²⁰⁾。「刑罰が影響を及ぼしうような心理的状态にない行為に対して刑罰を加えても、その効果は発揮されない。しかし、人々は、重大な被害が発生したとき……直ちに応報を加えたがる傾向がある。……そこで、犯罪行為者に刑罰が影響を及ぼしうような心理的要素があるときに限って処罰するにしなければならない。これが責任主義である」³²¹⁾。そして、責任および刑罰の程度についても、同様の見地から次のように述べる。「犯罪を行おうとする強い動機をもっているときは、それだけ重い刑罰が必要であろうし、犯罪的な動機をもつ強い可能性のある性格であるならば、それだけ重い刑罰が妥当だということになる。いいかえると、行為が人格相当であれば、それだけ責任が重い」。したがって、たとえば「窃盗が習慣化しており反対動機が生じなかったようなとき」は、行為が「人格に相当のものとして強い非難に値する」から責任が重い、限定責任能力の場合は、

318) 西田・前掲注(224)284 - 285頁。

319) 西田・前掲注(106)82 - 83頁参照。

320) 平野・前掲注(138)40頁。

321) 平野・総論 52頁。

「生理的な障害に対しては、刑罰はもはや効果を及ぼすことはできない」から、責任は軽減される³²²⁾。

このように、責任主義を、刑罰という手段による犯罪予防の必要性・有効性の観点から説明する方向性は、わが国においては、多くの批判を浴びながらも³²³⁾、相当多数の論者によってニュアンスの差異を伴いつつ³²⁴⁾受け入れられている³²⁵⁾。そして、このような理解によれば、責任判断においては予防的観点における処罰の必要性・有効性が評価され、その大きさに応じて責任の程度が決定されるのであるから、違法性とは切り離された責任それ自体による刑罰加重が理論的に可能となる³²⁶⁾。というよりもむしろ、違法性の要件は抑止されるべき「対象」を画するものにすぎず、それ自体としては刑罰に「量」を与えうるものではない、すなわち違法行為に対していかなる程度の刑罰でもって対処するかという「量」の問題を決するのは、もっぱら責任でしかありえない、という理解が、より正確なものであるのかもしれない。そして、このような理解からすれば、「量刑の基礎となるのはその者の責任であり、故意が過失

322) 平野・前掲注(138)40 - 41頁。

323) 平野説に対する批判として、大塚・総論421 - 422頁、西原・総論下449頁、中山・総論86頁、内藤・総論下 758頁、川端・総論384頁、井田・前掲注(224)87頁以下など。

324) 自由意思の肯否、いわゆる他行為可能性を要求するか否か、一般予防・特別予防のどちらにどの程度のウェイトを置くか、行為者の心理面と社会一般人の反応のいずれを重視するか、「非難」の契機を放棄するか否か、規範的責任と可罰的責任の2元的構成をとるか否かなどの問題に対する態度決定の組み合わせによって、多くのバリエーションがある。また、ドイツにおける予防的責任論（「機能的責任論」）として、ヤコブス（Jakobs, A.T., 17/21ff.）アッヘンバッハ（Achenbach, a.a.O. Anm(208) S.148ff.）シュトレック（Streng, a.a.O. Anm(40) Rn.435）などの見解、部分的に予防の観点を取り入れるものとしてロクシン（Roxin, a.a.O. Anm(98) ders., A.T. I, § 19, Rn.36ff.）シューネマン（Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: ders.(Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S.169f. [= 川口浩一・葛原力三訳「予防刑法における責任原理の機能」山中敬一・浅田和茂監訳『現代刑法

よりも重く処罰されることは責任の量の違いとして説明される必要がある。そのためには、行為者が惹起した違法の量を責任の量に媒介するものとして、故意を責任要素に位置づけることが不可欠である³²⁷⁾という主張も、非常によく理解できるものといえるだろう。

問題は、犯罪論体系（および量刑の基礎としての責任）に関するそのようなモデル的理解を、いかに評価するかである。少なくともその利点として、次のことが指摘されなければならないだろう。すなわち、上記理解の下における責任の加重的考慮は、「素朴な法感情」論や「法的に非難されるべき心情」論とは異なって、心情刑法や責任（それ自体への）応報刑を帰結するおそれとは無縁のものであるということである。たとえば累犯加重の根拠は、「性懲りもなくまたやったから」というような感情的なものではありえず、刑罰的対処の適切性によって基礎づけられることになるなど³²⁸⁾、責任の加重的考慮は、徹頭徹尾、合理的な目的に裏付けされることが要求されることになる。したがって、責任加重を正当化するのは、累犯性のほか常習性、利欲的な動機など、

体系の基本問題』（1990）179頁以下）などの見解、さらに、「非難なき責任」を提唱するエルシャイトとハッセマーの見解（Gunter Ellscheid/ Hassemer, Strafe ohne Vorwurf（1970）in: Klaus Lüderssen/ Fritz Sack（Hrsg.）Abweichendes Verhalten II Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität Band1 Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik, 1975, S.266ff.〔=堀内捷三訳「非難なき刑罰 - 刑法的不責の根拠に関する覚書」同編訳『現代刑法体系の基礎理論』（1991）91頁以下））などがあり、わが国の諸見解も大小の影響を受けている。わが国の予防的責任論は、平野説をベースとして、ドイツの諸見解の影響を受けつつ形成されてきたものといえる。

325) 予防的責任論に属する（ないしそれに親和的な）見解として、所・前掲注（23）50頁以下、町野・前掲注（224）18頁以下、西田・前掲注（106）82 - 83頁、林（幹）・総論43頁以下、林（美）「実質的責任概念」藤木英雄 = 板倉宏編『ジュリスト増刊刑法の争点（新版）』（1987）71頁、堀内『刑法総論（第2版）』（2004）87頁以下、前田・総論264 - 265頁、木村光江『刑法第2版』（2002）94頁、松宮・総論158頁、高山・前掲注（195）121頁以下など。責任主義が（少なくとも部分的に）予防目的と無関係ではないとするのは、藤木英生『刑法講義総論』（1975）80頁、内藤・総

予防の必要性和結びつきうるものに限られ、動機が下劣であるというような、単に感情的な非難を高めるにすぎない事情では不十分であるということになるはずであるから³²⁹⁾、心情要素の無限定な拡大に歯止めをかけることが可能である。

しかしながら、このような予防的責任論を前提とした犯罪論体系モデルは、これまでもしばしば指摘されてきたように、その目的合理性に貫かれた発想ゆえに、賛成することができないものである。すなわち、かかるモデルによれば、違法判断において、抑止の対象とする必要のない（＝法益を侵害・危殆化しない）所為が処罰対象から除外され、さらに責任判断において、刑罰的処罰の必要性・有効性がない行為（者）が除外されることになるわけであるが、そこで処罰限定は、刑罰目的の達成のために役立たない処罰を排除することによってのみ行われ、「刑罰目的にとって有用であっても、被告人にとって『酷』な処罰はしない」という発想の入り込む余地がない。それどころか、必要性・有効性が大きい（から責任が重い）と認められれば、その分だけ刑を加重しうる

論下 739頁、板倉・総論41頁、大谷・前掲注(158) 28頁以下、大谷＝前田・前掲注(243) 177頁以下、川端・総論388頁、山口・総論4頁。積極的一般予防上の処罰の必要性（＝一般的抽象的他行為可能性を前提とした非難）を、従来の責任に代わる「行為帰責可能性」として、構成要件、違法性に続く犯罪構成要素とし、積極的特別予防上の処罰の必要性をそれと同格的な第4の犯罪構成要素として取り込むべきであるとするのは、伊東・前掲注(24) 308頁以下。

326) もっとも、予防的責任論によっても、責任主義は、抑止の必要性・有効性が「乏しい」場合に処罰を「制約する」ものであるという理解（表面的にはそのように語られることが多い）を強調すれば、逆の結論にも至りうる（所「刑の量定の基準」ジュリスト313号〔1965〕73頁、井田・前掲注(23)「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)」92頁参照）。Hornle, a.a.O. Anm(219) S.1084によれば、ドイツの機能的責任論において、上方に向かって増大可能な、完全な帰責を超えていくような責任は主張されていないとされている。しかしながら、わが国の予防的責任論者の個別的な解釈をみるかぎり、そう言い切れない。わが国の予防的責任論は、予防のために必要・有効でなければ処罰しないが、スローガ的に主張されるところとは異なって 必要・有効ならその程度に応じ

ことになる。責任という体系カテゴリーに託された政策目的に関して、「責任原理の重大な機能は、刑罰を科すべきか、どの程度の刑罰を科すべきかを考えるに当って、国家刑罰権の無制約な行使にブレーキをかける役割をはたす」ことにある³³⁰⁾、すなわち、「責任による刑罰の限定は、犯罪予防目的からする功利主義的な科刑の要求を、功利主義的考慮とは矛盾・対立する原理によって遮断することを意味する」³³¹⁾という基本的理解をとる場合³³²⁾、そのようなモデルを支持することに強い躊躇が感じられるのは、当然であろう³³³⁾。予防的責任論をとるほぼすべての論者が、「消極的責任主義」を強調し、それが自らの責任論とよりよく結びつくかのような評価をしているが³³⁴⁾、その論拠はまったく薄弱である³³⁵⁾。それはせいぜい、合理主義的態度に基づき無意味な処罰を避けるから「必罰主義」に陥ることはないという、ミニマムな意味での消極的責任主義にすぎないのである。

このようにみえてくると、予防的責任論をベースとした責任の加重的考慮も、これを是認することはできない。「責任が重いから刑を重くする」という発想

てさらに重く処罰するというものと考えられる。

327) 佐伯(仁)・前掲注(298)101頁。

328) 西田・前掲注(224)84頁参照。

329) ただ、予防的責任論者の各論的解釈において、このことが厳格に守られているかどうかは、別問題である。

330) 宮澤・前掲注(71)93頁。

331) 井田・前掲注(224)87頁。

332) 内藤・総論下 738頁、川端・総論388頁、中山『概説刑法 第2版』(2000) 141頁、浅田・前掲注(146)353頁、松原・前掲注(96)11頁。Vgl. auch Zipf, a.a.O. Anm(168) S.52; Schunemann, a.a.O. Anm(324) S.170; Erhard, a.a.O. Anm(77) S.98.

333) 高山佳奈子が、責任要素を、故意・過失などの積極的(に責任を根拠づける)要素と違法性の意識の可能性などの消極的(に責任を阻却する)要素に分け、前者を特別予防の必要性によって基礎づけつつ、後者を国家刑罰権からの個人の自由保障の必要性によって説明するのは(要約として、高山・前掲注(195)885頁以下)、予防的責任論を前提とした犯罪論体系モデルの欠陥を補う試みとして、注目

は、責任という体系カテゴリーに託された、刑罰目的の観点において必要・有効とみられうる処罰をそれとは別個の観点によって制約するという刑事政策的目的³³⁶)に適合しないといわざるをえないのである。それゆえ、責任は、違法性の大きさに応じた犯罪の程度を軽減するのみであって、責任関連事情の評価方向は軽減方向に限定されるという理解は、正当なものと考えられる。そして、責任主義に託された刑事政策的目的が（処罰の「ブレーキ」にすぎないという意味で）「消極的」なものであるということから直接演繹される、このような責任の理解こそが、「消極的責任主義」と呼ぶにふさわしいものなのである。

第3節 犯罪論と量刑論の関係

1 犯罪論の責任と量刑責任の区別

さて、ここまでの議論は、犯罪論の基本的構造、すなわち違法性と責任という体系カテゴリーに対する役割分担（およびその内容理解）が、犯罪の成否・程度の評価のみならず、量刑判断においても妥当するということを前提として

に値する。しかしながら、積極的責任要素を特別予防の必要性によって説明するがぎり、その「量」についての「認識された不法の大小」（高山・前掲注（195）88、108頁など）という定義づけは、不法が現実が生じたものであるか否かを問わない、認識内容それ自体を問題とするもの（高山自身はそうのように解しているわけではないと思われる）として理解しなければならなくなるであろう。というのは、10の不法を意図して行為し10の不法を実現した者と、10の不法を意図して行為したが5の不法しか実現できなかった者で、行為者の社会侵害性に基づく再社会化の必要性は異ならないはずであって、不法が現実が生じなければならない必要性は、この見解に内在していないからである。それゆえ、不法の实在要求は、犯罪論における単なる外在的制約要素にすぎなくなるだろう（中山『刑法の基本思想』（1979）185頁、井田・前掲注（23）「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（1）」92 - 93頁を参照）。犯罪論における結果要件の理論的意義に関する高山の見解については、同「相当因果関係」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（2003）26 - 27頁参照（一般予防の追求による行動の自由制約が過度に渡ることの

きた。それゆえ、犯罪論において責任には制約的機能のみが割り当てられるべきだという基本的理解をとる場合には、量刑上も、責任の加重的考慮は許されなくなるとされたのである。しかしながら、そのような前提は、決して全ての論者の共通理解であるわけではない。それどころか、実務においては、犯罪論と量刑論を連続的に捉える発想に乏しい。刑法総論における違法や責任についての理論的な議論が量刑に影響するなどということは、「考えてもみなかった」という実務家も少なくないだろう。そのような傾向は、筆者の印象によれば、裁判官よりも検察官（およびその出身者）に顕著である。たとえば、出井義夫の次のような論述が印象的である。「長い実務家としての感覚から考えて、犯罪成立要件の1つとしての責任と……情状という意味での責任とは、同じ平面でとらえられない。」「前者は非難可能性の限界を画する鋭い線の形をとる。それは冷厳な知性によって決定される」が、後者すなわち「犯罪の軽重及び情状という意味の責任は……直観的総合判断が主となる。……前者は『義理』に属し、後者は『人情』に属する³³⁷⁾。「量刑の基準としての責任は、もはや理論的なものではなく、刑罰という不完全でどこちない、非合理的な制裁手段の現実面を認めた上での政策性を持たなければならない。」「量刑がかように政策的

回避がその意義だとする)。

334) たとえば、町野・前掲注(224)21頁、林(美)・前掲注(224)129頁、堀内・前掲注(224)67頁。

335) 予防的責任論はむしろ「積極的目的主義」に至る危険があるとするのは、真鍋・前掲注(119)12頁。

336) ここでいう「刑事政策的目的」は、「刑罰目的」と同義ではない(それを含んだより広い概念である)ことに注意すべきである。刑法が、犯罪を処罰することによって、法益保護を目指すとともに(=刑罰目的)、罪刑法定主義や責任主義の採用によって、国民の人権・自由を保障しようとするものであるという理解は、広く認められているといつてよいが、もも、広い意味での刑事政策的な目的にほかならない。そして本稿は、を担うのが違法性のカテゴリー、(の一部)を担うのが責任のカテゴリーと考えるものである。

337) 出射・前掲注(13)37-38頁。

考慮を多く加味しなければならないとすれば、刑法理論において責任という概要で量刑の基準を統一的に説明し尽くすことは無理」である³³⁸。「責任主義の論理の一貫性よりは、具体的妥当性の方が尊い」³³⁹。比較的最近でも、「崇高な刑罰理論や形而上の責任論をいかに積み重ね……どんな精緻な理論を展開し……ても、それによって出された結論が、民衆の意識の中にある……素朴な正義感を充足しないものであったり、逆にそれを超えるものであったならば……そのような量刑が行われる刑事司法は、国民からの信頼を失うに違いない」³⁴⁰と述べられるなど、量刑は刑法理論（とりわけ、個別行為責任主義）に拘束されるものではないという理解には根強いものがある³⁴¹。学説においても、刑罰論および量刑論においては、犯罪論とは異なった評価基準が妥当するということを認める見解は決して珍しくなかった³⁴²。最近でも、責任の存否の判断においては個別的行为の責任を基礎とするが、その程度を判断する段階においては人格形成責任をも考慮しなければならない³⁴³、つまり「人格形成過程は、直接的な非難の対象ではなく、むしろ、間接的に刑を加重・減輕する事情として考慮すべきものである」³⁴⁴といった主張が有力になされているのである。ここで「非難の対象」と「刑を加重・減輕する事情」が別個のものとして理解されていることには、注意が向けられてしかるべきである。

このような、犯罪論と量刑論を分断する傾向は、ドイツにおいても少なからず認められるものである³⁴⁵。ドイツにおける通説的見解は、たしかに量刑に

338) 出射・前掲注(13)39 - 40頁。

339) 出射 = 松本(一)・前掲注(13)152 - 253頁。

340) 百瀬 = 安森・前掲注(13)4頁。

341) 古江・前掲注(25)76頁、土本・前掲注(25)203頁も参照。また、裁判官出身者についても同様の傾向がみとれる(松本・前掲注(15)12頁、小林 = 原田 = 岡上 = 井田・前掲注(25)76頁〔小林発言〕など参照)。

342) たとえば、佐伯(千)『刑法に於ける期待可能性の思想』(1949)617頁以下。

343) 大塚・総論424、464頁。

344) 佐久間・総論237、448頁。

においても個別行為責任主義を強調し、行状責任を拒絶している。しかし他方で、「量刑責任は、刑罰基礎づけ責任（＝犯罪成立要件としての責任）とは異なる」という、ハンス・アッヘンバッハ³⁴⁶⁾の提唱にかかる決まり文句を広く用いており³⁴⁷⁾、それによって前節で検討したような議論がうやむやにされていることも少なくないのである。ただ、ドイツ量刑論のいう、刑罰基礎づけ責任と量刑責任の区別が何を意味するのか、すなわち両者は何がどのように異なるのかは、必ずしも明確ではない³⁴⁸⁾。そこで以下では、提唱者であるアッヘンバッハの見解を分析したうえで、そこで考えられている犯罪論の責任と量刑責任の区別の当否を検討することとしよう。

アッヘンバッハは、「責任理念（Schuldidee）、刑量責任（Strafmaßschuld）ないし量刑責任（Strafzumessungsschuld）、そして刑罰基礎づけ責任（Strafbegründungsschuld）という、機能的に明らかに異なった3種類の責任概念を区別できる」として、次のように説明した。責任理念とは、いわゆる責任原理そのものを意味し、意思は自由か、個別行為責任か性格責任かといった議論がこのカテゴリーに属する³⁴⁹⁾。量刑責任は、「裁判官の量刑のためのより所となる事実（Anknüpfungstatbestand）を述べるもの」であり、「具体的事例での刑量を決め

345) Bruns, a.a.O. Anm(267) S.59. は、量刑の「法化」にとどまらない「学問化」は、実務への影響力を喪失するだろうと述べている。

346) Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S.2ff.

347) Vgl. Lackner/ Küh(Lackner)StGB, aa.O. Anm(136) § 46, Rn.23; Schonke/ Schroeder(Stree) a.a.O. Anm(109) § 46, Rn.9a; Bruns, a.a.O. Anm(94) S.145; Zipf, a.a.O. Anm(196) S.29; Hettinger, a.a.O. Anm(254) S.119; Gribbohm1994, § 46, Rn.4; Schafer, a.a.O. Anm(269) Rn.309; Jescheck/ Weigend, A.T., S.887; Trondle/Fischer(Fischer) a.a.O. Anm(109) § 46, Rn.5 usw.

348) Schunemann, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hans Joachim Hirsch/ Thomas Weigend(Hrsg.) Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S.160; Frisch, a.a.O. Anm(282) S.238.

349) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.3.

るために意味がある諸々の契機の総括概念（Inbegriff）として把握される」。刑罰基礎づけ責任は、「行為者に対する刑罰賦課を正当化しあるいは妨げる諸々の契機の総括概念」である³⁵⁰。故意・過失は責任の形式が、責任能力の位置づけ、禁止の認識は独立した責任要素かといった議論がこのカテゴリーに属する。刑罰基礎づけ責任は刑罰の「可否（Ob）」を、量刑責任はその「程度（Wie）」を論じるものである。そして、これらの「3つの機能は、同一の責任概念にかかわるものであるが、その概念が単に異なった視点で観察されている、というわけではない。むしろそれらは、構造においても、メルクマールにおいても異なる3つの概念にかかわるものであり、その異質性が、『責任』という漠然とした名称により隠蔽されているにすぎない³⁵¹」。後2者の区別は、責任は程度を付しうる（steigerungsfähig³⁵²）概念であるという責任論の伝統には反しているが、量刑論では行われてきたことである³⁵³。

問題は、前述したように、量刑責任と刑罰基礎づけ責任は何かどう異なるのかということであるが、それについて、アッヘンバウハの論述からは、3つの観点が抽出される。第1に、対象事実の拡大である。すなわち、「量刑論は、それが固有の法解釈学的な研究の対象となって以来、完全に独自の発展を遂げた」が、そこでの「具体的観察が教えてくれたことは、量刑論の実質が、非常

350) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.4.

351) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.5.

352) 量刑責任論において使用されるsteigerungsfähigという形容詞は、論者または文脈次第で、責任は「あるかないか」だけでなく、その「程度」を考慮することができるものであるという広い意味で使われる場合と、不法とは独立に増大可能である（「実体」としての「量」をもっている）という狭い意味で使われる場合があるようである。たとえば、本文では の意味でつかわれているといえよう。また前節で検討した本稿の立場によれば、責任は、 の意味ではsteigerungsfähigであるが、 の意味ではsteigerungsfähigでない。本稿では、 の意味について「程度を付しうる」、 の意味について「上昇可能」ないし「増大可能」という訳語をあてた。

353) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.10.

にわずかな範囲でしか、体系的意味における責任論の実質と一致しないということである。素材の広がり（Umfang）と細分化」が量刑法の独自性を正当と思わせるというのである³⁵⁴）。たとえば、量刑においては非構成要件の結果や犯行前後の態度も一定範囲で考慮されると言われているが³⁵⁵）、そのことは、量刑の基礎としての責任概念が犯罪論のそれよりも対象事実において拡大されていることの例として理解されうるであろう³⁵⁶）。第2に、責任が阻却される場合と責任が軽い場合は、（量的にのみならず）質的に異なるという認識である。ドイツ法において、責任能力が欠ける場合には刑事手続は保安手続に移行され（ドイツ刑事訴訟法429条a）、免責事由が存した場合には手続が停止されなければならない（同法170条2項）のに対して、責任の量が軽少であるにすぎない場合にはそれは検察官と裁判官の裁量に委ねられている（同法153条）ということは、免責と軽少な責任は質的に異なることのあらわれだということである³⁵⁷）。第3に、量刑においては不法が考慮されなければならないという点である。「量刑……活動を観察すれば、本来的な量刑要素のひとつが、（有責な）不法の重さであることに気づく。すなわち、そこでは、体系的に責任に位置づけられるものの量のみならず、体系的に不法を根拠づける諸要素の量も問われている。つまり、犯罪体系では相互に区別される……諸契機が、量刑では区別されずに人格的な特徴づけのために調査され、統一的な評価過程に組み込まれる。犯罪体系〔における不法と責任の〕分離は、量刑論には通用しない」³⁵⁸）。したがっ

354) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.10f.

355) z.B. Bruns, a.a.O. Anm(94) S.151ff., S.219ff.

356) 真にそう言い切れるのかは疑問もあるが、ここでは立ち入らない。なお、量刑における行為責任の対象となる事実の範囲をめぐる争いについて、前掲注(128)に示した諸文献を参照。

357) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.12f. もっとも、この点はあまり意味がない指摘であると思われる。責任軽減と責任阻却が連続的な（＝量的にしか異ならない）ものであることと、両者の手続上の取扱いに差を設けることに何ら矛盾はないのではないだろうか（本庄・前掲注 23）「量刑責任の刑罰限定機能について 2・完」134頁参照）。

て、最終的には「用語法としても、責任という概念をここでは完全に放棄して、『量刑事由（Strafzumessungsgründe）』の集合体（Komplex）」を問題とすべきである^{359）}。

2 批判

さて、以上に引用したアッヘンバッハの論旨のうち、本稿の問題意識からしてとくに重要なのは、上記第3の点である。ここでアッヘンバッハは、体系的には不法に位置づけられる要素も量刑上考慮されなければならないということから、量刑においては不法・責任というカテゴリーの区別を解消し、不法関連事情と責任関連事情がいわば渾然一体として考慮されるべきことを^{360）}さらには、量刑責任という用語そのものを改めることをも）要請している。そのような理解によるならば、当然、前節で述べたような違法と責任の役割分担も解消されることになり、責任関連事情も、他の事情と一体となって軽減方向のみならず加重方向でも考慮されるということになるだろう。それでは、犯罪論において違法が刑罰を根拠づけ、責任はそれを制約するという理解が正当であるとした本稿の立場を前提とする場合、量刑論においてその基本構造を改変し、両者を渾然一体として（いわば総合的な「悪さ」として）考慮するというようなことが認められるのだろうか。

まず、量刑の基礎となるべき責任が、違法性の大きさを含んだものでなければならないという指摘は、まったくもって正当である。責任能力や違法性の意識の可能性といった、（違法性と対置される意味での）狭義の責任要素のみが量刑の基礎となるというようなことは、その所為がいかなる害悪をもたらしたかという犯罪評価の中核的要素を量刑から放逐することを意味し、およそナンセ

358) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.13.

359) Achenbach, a.a.O. Anm(346) S.221.

360) そのような見解として、Schönke/ Schroder, a.a.O. Amn(279) Vor § 211, Rn.6. なお、わが国における前田の見解がそのような立場に親和性があるということについて、前掲本章第2節1参照。

ンスである³⁶¹⁾。このことは、ほぼ争いなく認められていることであって^{362,363)}、「量刑責任は、刑罰基礎づけ責任とは異なる」という命題が、そのことを意味するにすぎないものであるとすれば、とくに異論を差し挟む必要はない。本稿の理解によっても、犯罪の重さは、所為の違法性の程度を、責任判断という「ふるい」にかけることによって判断されるのであるから、量刑責任は違法性と無関係なものではない。むしろ、量刑責任に「量」を与えるのは違法性そのものとすらいえる。すなわち、違法性の大きさは、それ自体として刑量に変換することが可能な「実体」としての大きさであるが、責任の程度は、それ自体として刑量に変換できるような「実体」をもつものではない。責任判断とは、所為の違法性のうち、行為者の責めに帰することができない部分を犯罪の重大性評価からそぎ落とす「割引」の判断なのであって、それゆえに、量刑責任に積極的に「量」を与えるのは、違法性の大きさをおいてほかにないのである。しかしながら、アッヘンバツハの主張は、以上のことにとどまらない。量刑責任において不法をも考慮しなければならないということから、そこでは不法・

361) たとえば、精神的に追いつめられて犯した殺人の刑が、遊び半分で犯した万引きのそれよりも軽く量定されることになってしまうことになりかねない (Vgl. Hornle, a.a.O. Anm(219) S.1082f.)。

362) Bruns, a.a.O. Anm(94) S.145; Dreher, a.a.O. Anm(254) S.145; Trondle/Fischer (Fischer) a.a.O. Anm(109) § 46, Rn.6; Lackner/ Kuhl (Lackner)StGB, a.a.O. Anm(136) § 46, Rn.23; Schafer, a.a.O. Anm(269) Rn.309ff.; Jescheck/ Weigend, A.T., S.887; Hettinger, a.a.O. Anm(254) S.119; Montenbruck, a.a.O. Anm(56) S.69 usw. わが国では、木村(亀)・前掲注(114)455頁、団藤・総論542頁、大塚・総論532頁、松本・前掲注(85)157頁、阿部・前掲注(23)「量刑論の現状と展望」7頁、西原・総論下505頁、川端・総論62頁、川崎・前掲注(4)107頁、城下・前掲注(1)112頁、吉田「責任主義」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第2巻 刑法理論の現代的展開』(2000) 333頁など。なお、木村(亀)・前掲注(114)456頁は、量刑責任は構成要件該当性をも包含する概念であるとするが、理解困難である。ある所為は構成要件に「該当するかしないか」のどちらかしかないのであり、「該当性が高い」とか「少ししか該当しない」という評価を下すことはできない(立法者がまさに予定した事案か、それ

責任の区別を解消し、両者を渾然一体として考慮することによって、犯罪論における基本構造を解体することを要求しているのである。このような要求は正当だろうか。

ここでも結論から先に述べるならば、かかる要求は、何ら合理的根拠を伴わないどころか、違法・責任といった犯罪論の体系カテゴリーに託された政策的目的の追求という観点から見て不当である。すでに述べたように、違法と責任は、それぞれ固有の刑事政策的目的を担って犯罪要素とされたものであって、決して犯罪に含まれる一連の「悪さ」を何らかの形式的基準で分類したにすぎないものではない。すなわち、刑法は、刑罰目的（法益の保護）を達成するために、一定の所為に違法評価を付与し、それを禁圧するとともに、国民の人権・自由を保障するという（刑罰目的とは別個の）刑事政策的目的のために、責任主義による処罰の制約（「割引」）を行なっている。違法性には、刑罰目的の観点からみた禁圧の必要性が、責任には、自由保障の観点からみた処罰制約の必要性が体现されている。しかもそれらは、程度を付しうる概念である³⁶⁴）。ある所為に重い違法評価を下すということは、その所為には重い禁圧の必要性が含まれていることを承認することと同義である。大幅な責任軽減を認めることは、

とも拡張解釈によってなんとか構成要件該当性を肯定できる事案かという区別は不可能ではないが、それは量刑と何ら関係がないだろう）。構成要件該当性は、「程度を付しえない」概念というべきである。

363) 前述したように、予防的責任論を中核とする犯罪論体系モデルの中には、狭義の責任のみが量刑の基礎として機能するという理解をとるものも多いようである。しかし、そこでの責任の量には、行為者によって認識され（え）た不法が、故意・過失を「媒介」として反映されているというのであるから、不法を無視した量刑を志向するものではない。もっとも、そのような理論構成をとる場合、不法が客観的にも存在していなければならないことを内在的に要求できないという問題が生じることについて、前掲注 335 参照。

364) 責任が「程度を付しうる」概念であるという命題は、責任判断による「割引率」に大小を考えうるという限度で認めることができるにすぎないことに注意が必要である。「責任が重い」という表現は、この「割引率」が低いという意味にはかならない。

強い処罰制約の必要性があるということを認めることにほかならない（それが非常に大きく、処断刑の下限を科すことすら「酷」であると感じられる場合が、超法規的な責任阻却の行われるべき場合である）。このことは、刑法が、上記政策目的の追求を、「処罰するかしないか」という二者択一によってのみならず、「どの程度に処罰するか」という判断を通じても行っていることを意味する³⁶⁵）。その意味で、犯罪論と量刑論は、同じ刑事政策的目的を達成するための、一連の理論的プロセスといえるのであって³⁶⁶）、量刑論において違法と責任を「渾然一体」として考慮することが不当である理由は、そのプロセスをまさに分断し、刑法の構想を中途半端なものに終わらせてしまうという点にあるのである。

実践的にも、「責任は違法を消極的に制約するにすぎない」という命題は、量刑論において妥当させなければほとんど意味がない。というのも、犯罪論においては、いずれにせよ違法要素と責任要素の両方が揃わなければ犯罪成立は肯定されないのであるから、責任が加重事由か軽減事由かの問題はほとんど表面化しない³⁶⁷）。せいぜい、加重的な犯罪類型の解釈をめぐって問題になるに

365) 本稿のような立場から、量刑責任を「有責な不法」と定義することに対して、岡上は、「『有責な』という形容詞は、不法のうち有責な不法と有責でない不法とを峻別する役目しかもたず……〔たとえば〕禁止の錯誤が容易に回避可能であった場合と、回避が困難であった場合とでは……ともに『有責な不法』であって、その程度は問題とし得ないのではないだろうか」と疑問を呈するが（同・前掲注(23)「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(1)」112頁）これは誤解である。繰り返し述べてきたように、責任はそれ自体として刑量に変換しうるような「実体」としての大きさをもつものではないが、不法の帰責がどの程度否定されるかという「割引率」の意味で「程度を付しうる」概念であって、違法性の意識の可能性、期待可能性といった責任要素の程度に応じて、（0～100%の間で）無限に段階化が可能なものある（団藤・総論270頁参照）。

366) Frisch, a.a.O. Anm(282) S.247が、「責任に応じた正しい刑罰を求めることは…ある事象を犯罪行為であると性質決定することの延長にほかならない」としており、また、井田・前掲注(25)87-88頁が、「犯罪論を含めて、宣告刑の獲得を終点とする全体的な量刑プロセスのなかに位置づけることが可能である。……犯罪論（および刑法各論の解釈論）は、適正な量刑が確保され得るように、事案に適した

すぎないのである。それに対して、量刑論では、その問題が性質上「つねに」生じる。その意味で、「責任は軽減するものにすぎない」という主張の「主戦場」は、量刑論であるとすらいいうるのである。

第4節 責任を「単なる上限」とした量刑基準論の理論的問題点

さて、以上のように、前述した量刑における消極的責任主義の第2の理解を正当とし、責任は違法性に従属し、これを制約するものにすぎないと考える場合、そこから、量刑における消極的責任主義の第3の理解、すなわち、量刑における責任は「単なる上限」を画するにすぎず、それを下回るかぎりで、もっぱら予防的観点に応じて刑を量定するべきである(したがって、具体的な量刑が責任相当刑を大きく下回することは、予防上不適切でないかぎり、とくに問題はない)ということが導かれるだろうか。言い換えれば、消極的責任主義の第2および第3の理解には、一方を認めれば他方も認めることになるという相互的な連関があるだろうか。両理解において問題とされている「責任」が異なったものであることに鑑みれば、そのようなことは全くありえないというべきである。すなわち「責任は違法性に応じた犯罪の重大性の程度を制約するにすぎない」という場合の責任は、違法性に続く第3の犯罪成立要件としての責任(=狭義の責任)である。それは「割引率」を示すものにすぎず、刑量に変換可能な「実体」をもつものではない。それに対し、量刑において「基礎」か「単なる上限」かが議論される責任とは、「有責な不法」ないし「責任によって制約された違法性」という意味での責任(=広義の責任)であって、「実体」を備えたものである。このように、消極的責任主義の第2と第3の理解において問題とされている「責任」が異なる概念であるとすれば、一方についての理解が他方のそれ

法定刑が定められている刑罰法規の適用を可能にすることを目指すものであるとしているのは、犯罪論と量刑論が連続的なものとして、同じ政策目的を担っていることを前提としている。

367) そのことが、多くの学説が、責任関連事情の「評価方向」に無関心であったことの実際の理由であると思われる。

を必然的に拘束するということはありえない。狭義の責任が、違法性に応じた刑量を消極的に制約する機能しかもたないということと、その責任によって制約された違法性の大きさ（＝広義の責任）が刑罰構成機能をもつことは、両立するのである。このように考えれば、消極的責任主義の本来の（適切な）理解と、責任を「基礎」とした量刑基準論の採用は、何ら矛盾するものではない。むしろ、狭義の責任と広義の責任の概念的差異に十分に配慮せず、前者に妥当すべき「消極的な制約原理にすぎない」という命題を、むざうさに後者にも適用してしまったことが、責任を「単なる上限」とした量刑基準論の基本的な誤謬であったといえるのである。

それどころか、責任を「単なる上限」とした量刑基準論は、刑罰論と犯罪論の関係のいかにとらえるかという観点において、無視しがたい理論的欠陥を含んでいる。すなわち、繰り返し述べているように、量刑責任に実体としての「量」を与えるのは、違法性の大きさである。したがって、量刑責任に刑罰根拠づけ機能が認められるかという問いは、違法性に刑罰根拠づけ機能が認められるかという問いと同義である。そして、本稿の立場からすれば、それは当然に肯定されなければならない。ある所為が刑法によって違法だと評価されるとき、そこには刑罰目的という観点からみた禁圧の必要性が反映されているのであるから、原則として 責任による「割引」を経ることを予定しつつもその重さに応じて処罰することが「要求」される。その意味で、違法性は、刑罰を根拠づける機能（刑罰構成機能）を有しているのであって、単なる科刑の前提にとどまるものではない。それゆえ、責任によって制約された違法性の大きさ（＝量刑責任）は、まさしく量刑の「基礎」でなければならないのである³⁶⁸。

368) このことは、法定刑（又は処断刑）と量刑の関係、最広義の量刑過程における立法者と裁判官の役割分担についての伝統的理解にすでに示されているといえよう。ブルンスは、次のように述べている。「刑法各則は、可罰的不法の法律上の類型化の中に、刑法上の保護法益の格付けと序列を含んで」おり、「その基礎にある評価の図式は、……先取りされた量刑事由のカタログとなる」が、広く把握された法定刑ゆえに、裁判官による詳細な補充が必要である。「しかしこの立法者と裁判官

これに対して、「単なる上限」論における、犯罪論と量刑論の関係についてのイメージは、次のようなものである。すなわち、処罰は一定の目的（たとえば、犯罪予防）を目指して行なわれるものであるが、その目的の無制限の追求は、国民の自由保障の見地から危険であるので、犯罪の成立およびその違法性・責任の程度という「柵」を設ける。一定の重さの犯罪の成立が認められたことは、ただその「柵」の高さが設定されたにすぎず、実際にどの程度の処罰をおこなうかは、柵を乗り越えないかぎり、そもそも目的に立ち戻って考えなければならない。それゆえ、重大な犯罪の成立が認められても、それだけでは処罰は「要求」されず、刑罰目的を直接考慮した量刑が求められる。このようなイメージは、まさしく「犯罪を機縁として犯罪予防の政策を行なおうとするもの」³⁶⁹⁾にほかならない。そして、このような、違法論を含めた犯罪論全体を、刑罰論と切り離された単なる「柵」として捉える理解こそが、責任を「単なる上限」とした量刑基準論の内包する最大の理論的欠陥である。かかる理解によれば、何が「重大な犯罪」であるかの評価基準は、アプリアリに与え

の分業は、両者が協力して働く場合にのみ機能することができ、いずれにせよ同一の基本原理によって指導されうるものである。もし裁判官が、与えられた指針を安易に排除……してよいというならば、立法者の準備作業は著しく妨害され、てしまうだろう（Bruns, aa.O. Anm(94) S.43）。つまり、「刑罰枠の中心的意義は… …最高刑と最低刑の確定に〔のみ〕あるのではなくて……生じうるすべての事例のためのいわば見えない重さの尺度（Schwereskala）」を設定することにある。それは、「一定の所為の不法・責任内容の場合に、立法者が（！）その意思によって（！）、いかなる刑罰を裁判官に指示するのかを認識せしめる。裁判官はこの評価にも拘束され」る（Bruns, aa.O. Anm(94) S.60）。この論述に示されているのは、法定刑は、当該犯罪の当罰性に関する立法者の価値判断を体現する尺度であり、その価値判断に裁判官は（形式的にのみならず、実質的にも）拘束されるのであって、裁判官は、法定刑や処断刑を「単なる枠」と考えてそれを逸脱しない限り「自由な」政策的考慮から刑を量定してよいわけではない、という理解である。そして、その実質的根拠は、本文にみたように、（立法者によってなされる）違法評価には、刑罰目的の観点からみた処罰の必要性が反映されているから、（裁判官によってなされる）刑の量定も、それを「基礎」として行なわれなければならない

られている、ないし無目的に決せられるべきものであるということになりかねない。ある所為に「犯罪」としての評価を付し、禁圧の対象とすることが人為的な営みである以上、そのようなことを承認することはできない。ある所為に対して付与される「犯罪」としての評価それ自体に、刑罰目的の観点からの処罰の必要性が反映されていると考える現代的な犯罪論（とりわけ違法論）³⁷⁰⁾からすれば、かかる理解を採りえないということは、理論的にみて、至極当然のことなのである。

第5節 小括

本章における検討が多少込み入ったものとなったので、ここでその内容を要約しておこう。

いわゆる責任主義が消極的な制約原理であるということ（消極的責任主義）は、現在の学説上、ほぼ一致して認められている。ところが、それを量刑論に直結させた、「単なる上限」としての責任を下回るかぎりでも、もっぱら予防の

（そうでないと、立法者が当該違法評価に託した一定の政策目的は頓挫してしまう）という認識以外には考えられない。その意味で、やはり量刑論は、犯罪論の延長線上にあることは否定できないのである。以上の点に関して、井田・前掲注(24) 87頁以下、小林＝原田＝岡上＝井田・前掲注(25)〔井田発言〕68 - 69頁、川崎・前掲注(4) 16頁以下も参照。

369) 平場・前掲注(232) 102頁。

370) たとえば、井田は、違法性と有責性の判断はいずれも刑罰論と関係づけられた実質的な価値判断であって、とくに違法性判断では「何を何ゆえに処罰するか」が明らかにされるとする（同・前掲注(294) 25頁）。山口も、いかなる行為が「犯罪」として処罰されるに値するかは、犯罪概念自体の内在的な概念分析により明らかになるわけではなく、その基礎には、選択された一定の政策原理が存在している（犯罪の成立要件は、その具体化である）という認識を前提に、「いかなる行為を処罰の禁止の対象とするかは、何を目的として禁止するかにより決められるのであり、この意味で、実質的違法性の概念……は、刑法の任務ないし目的についての理解から導出されることになる」とする（同・総論2 - 3、92 - 93頁）。さらに、平野・総論 39頁、前田・総論42頁、林（幹）総論30、46 - 47頁も参照。

必要性に応じて刑を量定するべきであるという考え方は、多数説の採用するところではない。このことは、予防的量刑の非現実性に配慮した一種の妥協なのだろうか。つまり、責任を「基礎」とした量刑基準論と消極的責任主義は、理論的には矛盾しているのだろうか。かかる疑問が生じる背景には、「消極的責任主義」という用語の多義性、すなわちそれが、必罰主義は否定すべきである、責任は犯罪の成立・程度を拡大するものではない、責任は量刑の「単なる上限」である、という3種類の使われ方をしてきたという事情がある。事態を開示するためには、それぞれ（とくに ）の当否を検討しなければならない³⁷¹⁾。

の意味での消極的責任主義は、全面的に支持されるべきであって、それこそが消極的責任主義の眼目というべきである。多数説は、責任の違法従属性を前提としている点では妥当であるが、責任の刑罰加重的考慮を とりわけ前科、常習性、および動機・目的などの心情要素による刑罰加重の説明にあたって 肯定している点で妥当でない。というのは、責任という体系カテゴリーの担う刑事政策的な目的は、刑罰目的の追求を、それとは別個の観点（国民の人権・自由の保障）から制約することにある以上、責任に属する要素を刑罰加重的に考慮することは背理だからである。いわゆる予防的責任論はこのような理解に反する点で妥当でないし、それ以外に責任の加重的考慮を合理的に正当化できるような責任論は見あたらない。「重い非難に値するから、刑を重くして当然だ」という素朴な常識論は、悪しき意思・人格そのものに対する応報を刑罰目的として承認することにつながるから、警戒されなければならない³⁷²⁾。加えて、犯罪論と量刑論の異質性を強調することで、責任の加重的考慮を肯定しようとする試みも、成功しない。犯罪論と量刑論は、同じ刑事政策的目的を担った一連の理論的プロセスである以上、それらに別々の原理を妥当させることはあってはならないからである。「量刑責任と犯罪論の責任は異なる」とい

371) 以上について、前掲本章第1節。

372) 以上について、前掲本章第2節。

う決まり文句も、量刑責任は、違法性に続く犯罪成立の第3要件としての責任（＝狭義の責任）ではなく、「有責な不法」ないし「責任によって制約された違法性」という意味での責任（＝広義の責任）を意味するというかぎりでは首肯しうるのであり、そこから、「違法性が刑罰を根拠づけ、責任がそれを制約する」という犯罪論の基本構造が、量刑においては根本的に解体されるという結論が導かれてはならない³⁷³⁾。

これに対して、の意味での消極的責任主義は、否定されなければならない。とでは問題としている「責任」の概念が異なるから、を肯定することが、の肯定に必然的につながるわけではない（相互的連関の否定）。そしてまた、違法評価とは、ある所為が、刑罰目的の観点からみて禁圧の必要性があるということを示すものである以上、犯罪は、原則として責任による「割引」を予定しつつも違法性の重さに応じて処罰されなければならない。したがって、違法性によって実体としての量を与えられる量刑責任（＝広義の責任）は、刑罰根拠づけ機能をもつものとなり、それはまさしく量刑の「基礎」である。量刑責任が「単なる上限」だとする理解は、犯罪の発生を「きっかけ」として生の政策的考慮を行おうとするものであり、「犯罪」であるとの評価そのものが刑事政策的な処罰の必要性を反映したものであるとする現代的な犯罪論（とくに違法論）にそぐわないものなのである³⁷⁴⁾。

第4章 おわりに

さて、そもそも本稿の目的は、消極的責任主義の本来の（適切な）理解を提示し、それが責任を「基礎」とした伝統的な量刑基準論と何ら矛盾するものではないことを論証し、また、その消極的責任主義の理解を量刑論においても徹底し、責任関連事情の評価方向を（軽減方向に）限定すべきことを主張す

373) 以上について、前掲本章第3節。

374) 以上について、前掲本章第4節。

ることを通じて、学説において頻繁にその重要性が説かれるものの、なおその内実について混乱した理解のみられる「量刑における消極的責任主義」を再構成することにあつた³⁷⁵⁾。そして、その 犯罪論と量刑論の連続性に配慮した 理論的な基礎づけに関しては、前章までの検討において、一通りの検討を終えたといつてよいだろう。

もっとも、このことから、具体的な量刑事情のうち、いかなるものが(とりわけ)刑を重くする方向で考慮されうるかに関する、一義的な帰結を導くことはできないという点に、量刑論の困難さがある。すなわち、本稿の支持する量刑における消極的責任主義においては、責任関連事情の評価方向は、刑罰を軽減する方向へと限定されるから、たとえば、遊興費欲しさの利欲的な動機、愛人と一緒になるためという反社会的な目的、心臓を一突きすれば殺せるのにあえて体中を滅多刺しにするというような残忍、執拗な行為態様、前科・前歴があること、常習性が認められること、そのほか行為にあらわれた被告人の悪しき人格態度などを、少なくとも、責任を加重する事情として、量刑を重くする方向で考慮することは許されないこととなる。しかしながら、量刑においては、(同義反復的ではあるが)刑の重さに影響を与えることが許されるあらゆる要素が考慮されうる。とりわけ重要なのは、本稿の理解において量刑責任に「実体」としての量を与えることとなる違法性の内実理解であつて、いかなる事情が「量刑責任」を加重する要素として考慮されうるかは、それに決定的に依存する³⁷⁶⁾。たとえば、「残忍・執拗な行為態様」を、行為の違法性を加重する要素として位置づけることができるのであれば、それを、量刑を重くする方向で考慮することは可能なのである。のみならず、違法・責任から独立した予防目的を「副次的に」考慮することの可否という問題に対する態度如何によつても、何が加重的量刑事情かに関する結論は左右されうる。いささかおおげさな言い

375) 前掲第1章第2節。

376) 井田・前掲注(1) 315頁注29、本庄・前掲注(23)「量刑責任の刑罰限定機能について(2・完)」139頁以下参照。

方をすれば、刑罰論および犯罪論において議論されている無数の問題のうち、量刑と無関係なものは、ほんのわずかである。真の量刑基準の定立のためには、それらすべて（どこまでが「すべて」なのかの確定も含めて）の要素の検討を完了させることが、究極的には求められているのである³⁷⁷。ところが、違法性の実質や責任と予防の関係をめぐって展開されている議論の規模およびその多様性に鑑みると、それらの問題に、いきなり包括的な検討を加えることが可能であるとは、到底考えられない。それゆえ、研究の手法としては、特定の要素を掘り下げて検討することを繰り返し、そこで得られた知見を積み上げて、あるべき量刑基準の解明に近づくことを目指さざるをえないのである。本稿は、このような認識を前提に、量刑における責任主義、しかもその役割という一断面に光をあてて理論的検討を試みたものであって、決して量刑基準の全貌を明らかにしようとする研究ではないということを、明確にしておかなければならない。

とはいえ、その実践的意義として、次のことを指摘することはできよう。責任の加重的考慮をむぞうさに肯定する（すべてではないが）多くの見解にみられる特徴として、本文でも述べたように、「責任非難が重いから刑が重くなる」ことの実質的な理由を問題にしていないということが挙げられる。ある事情（たとえば、動機の悪質さ）を理由に刑を加重しようとするとき、それがいかなる目的をもった営みなのかについて真剣に悩んだ形跡がみられないのである。そのことは、少なからぬ代表的な教科書・体系書に散見される「違法性も責任も重い」とか、「違法性ないし責任が重い」といった、違法・責任の役割分担に関する本質的考察を欠いた無神経な表現にもあらわれている。強く非難できる場合に刑が重くなるのは「あたりまえだ」というのが、おそらく多くの論者

377) ある理論的観点について議論しようとして、関連する量刑事情を挙げると、必ずと言っていいほど、「別の理論的観点も問題なのではないか」という意見が出てきて、なかなか収拾がつかないものである。量刑基準の全貌を（たとえば実務で使えるようなモデルとして）示すことは、犯罪論体系の全貌を明らかにすることにも比肩しうる知的エネルギーを要する作業である。

の正直な感覚であろう。しかし、その感覚が、多数説が拒絶するところの「積極的責任主義」、「悪しき責任応報思想」、「心情刑法」、「悪しき行為無価値論」に基づくものではないかどうか、つねに反省されなければならない。近時の学説において、いわゆるリーガル・モラリズムを拒絶することについてはコンセンサスがあるといつてよく、そこから違法論における結果無価値論が有力化したことは周知の通りであるし、また行為無価値論の陣営も、最近ではモラリズムからの脱却を強く意識した議論を展開している。ある事情を違法性において考慮することを、「悪しき行為無価値論」であるとして否定しておきながら、その事情を、責任非難を高めるものとして刑罰加重に結びつけるのであれば、まさしく「表玄関で拒絶したものを、裏口から招き入れる」論理にほかならない。そのような不毛かつ有害な議論の生じる余地を封じるためにも、「刑罰を根拠づけるのは違法、制約するのは責任」という役割分担を共通の前提としたうえで、何が刑罰を根拠づけうるのかに関する実質的な議論をたたかわせるべきなのである（そして、それはそのまま、違法性の実質をめぐる議論につながる）。その意味で、責任非難のみが加重されることによる刑罰加重を否定することは、何らかの事情を根拠として刑を加重しようとする場合に、それがいかなる理由で正当化されるのか、その場合の刑の加重は実質的に何を目的としたものなのかといったことについて、逐一真剣に悩むという思考様式を浸透させるための、いわば環境整備としての性格を有しているといえよう。本稿の考察が、それに少しでも役立つものであるとしたら、それには少なからぬ実践的意義が認められるといつてよいのである。

それでもなお、量刑における違法の内実（違法性を加重する量刑事情の範囲）や責任と予防の関係といった重要な問題領域について、「悩むことの必要性」のみを強調し、自らの態度決定を留保し続けることが、理論量刑学を標榜する研究のあり方として許されることではないということも、十分認識しているつもりである。それについては他日を期すこととして、本稿を閉じることとした。

〔2004年9月2日脱稿〕