

| | |
|---------------------|---|
| Title | 量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(1) : 日独における最近の諸見解の検討を中心として |
| Sub Title | Tatproportionalitätsprinzip und präventive Berücksichtigung bei der Strafzumessung (1) |
| 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 | 2006 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.6 (2006. 8) ,p.1- 87 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20060815-0001 |

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.

量刑における犯行均衡原理と 予防的考慮(1)

——日独における最近の諸見解の検討を中心として——

小 池 信太郎

第1章 はじめに

- 第1節 本稿の概要
- 第2節 射程の限定
- 第3節 量刑判断の全体性・裁量性との関係

第2章 量刑理論の概観

- 第1節 導入
- 第2節 責任刑を基礎として、予防的考慮を加味して量刑を行う見解
- 第3節 責任刑を単なる上限として、予防の必要性に応じて量刑を行う見解
- 第4節 刑量の決定における予防的考慮を否定する見解
- 第5節 小括（以上本号）

第3章 量刑における犯行均衡原理の根拠と犯行の重大性の評価基準

- 第1節 問題の所在
- 第2節 刑罰目的と量刑原理の分離の可否
- 第3節 犯行均衡原理を支える刑罰目的
- 第4節 刑罰目的と量刑における不法実体論
- 第5節 小括

第4章 量刑における予防的考慮をめぐる諸問題

- 第1節 「幅の理論」の有用性と限界
- 第2節 量刑における特別予防的考慮
- 第3節 量刑における一般予防的考慮
- 第4節 小括

第5章 おわりに

引用文献の略記

本稿では、以下に挙げる量刑論および刑罰論に関する基本的文献の引用について、著者名、および出版年またはタイトルの一部を用いた略記によった。

(邦文献)

浅田1999 (= 浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』〔1999〕)、**浅田2005** (= 同「量刑基準」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』〔2005〕25頁以下)、**浅田・総論** (= 同『刑法総論』〔2005〕)、**阿部1982** (= 阿部純二「刑事責任と量刑の基準」『不定期刑と責任主義』福田=大塚編『刑法総論Ⅱ』〔1982〕88頁以下)、**阿部2001** (= 同「量刑論の現状と展望」現代刑事法21号〔2001〕4頁以下)、**井田1996** (= 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究〔慶應義塾大学〕69巻2号〔1996〕293頁以下)、**井田2001** (= 同「量刑理論と量刑事情」現代刑事法21号〔2001〕35頁以下)、**井田2005** (= 同「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集113号〔2005〕203頁以下)、**井田・総論** (= 同『刑法総論の理論構造』〔2005〕)、**伊東1993** (= 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」『刑事法学の総合的検討(上) 福田平・大塚仁先生古稀祝賀』〔1993〕299頁以下)、**伊東1996** (= 同「積極的特別予防と責任非難」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』〔1996〕265頁以下)、**伊東=小島アンケート** (= 伊東=小島透「『量刑と責任・予防に関するアンケート』報告」法政論集〔名古屋大学〕165号〔1996〕47頁以下)、**遠藤2005(1)(2)(3)(4)** (= 遠藤邦彦「量刑判断過程の総合的検討【第1回】【第2回】【第3回】【第4回】」判例タイムズ1183号〔2005〕6頁以下、1185号〔2005〕24頁以下、1186号〔2005〕22頁以下、1187号〔2005〕36頁以下)、**大塚・総論** (= 大塚仁『刑法概説(総論)〔第3版増補版〕』〔2005〕)、**大谷・総論** (= 大谷實『新版刑法講義総論〔追補版〕』〔2004〕)、**岡上1993(1)(2)** (= 岡上雅美「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)、**岡上1994** (= 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)、**岡上2006** (= 同「量刑体系における量刑事実の選別について」刑法雑誌45巻2号〔2006〕31頁以下)、**岡田2002** (= 岡田雄一「量刑-裁判の立場から」三井ほか編『新刑事手続Ⅱ』〔2002〕481頁以下)、**金澤1988** (= 金澤文雄「刑罰の目的」『矯正協会百周年記念論文集 第1巻』〔1988〕181頁以下)、**川崎1991** (= 川崎一夫『体系的量刑論』〔1991〕)、**座談会2004** (= 小林充=原田國男=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〕67頁以下)、**城下1995** (= 城下裕二『量刑基準の研究』〔1995〕)、**城下2001** (= 同「量刑事情の意義と限界」現代刑事法21号〔2001〕28頁以下)、**高橋**

2003 (=高橋則夫『修復的司法の探求』〔2003〕)、**高山1999** (=高山佳奈子『故意と違法性の意識』〔1999〕)、**団藤・総論** (=団藤重光『刑法総論綱要 第3版』〔1990〕)、**所1994** (=所一彦『刑事政策の基礎理論』〔1994〕)、**所1998** (=同「抑止刑再論－威嚇と条件付け－」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』〔1998〕97頁以下)、**内藤・総論上中下 I II** (=内藤謙『刑法講義総論(上)(中)(下 I)(下 II)』〔1983、1986、1991、2002〕)、**中野・総論** (=中野次雄『刑法総論概要 第3版 補訂版』〔1997〕)、**西田・総論** (=西田典之『刑法総論』〔2006〕)、**西原・総論上下** (=西原春夫『刑法総論 改定版〔上巻〕・改訂準備版〔下巻〕』〔1991、1993〕)、**原田2004** (=原田國男『量刑判断の実際〔増補版〕』〔2004〕)、**林(幹)・総論** (=林幹人『刑法総論』〔1999〕)、**平野・総論 I II** (=同『刑法総論 I・II』〔1972、1975〕)、**福田・総論** (=福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』〔2004〕)、**本庄1998(1)(2)** (=本庄武『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)、**本庄2002(1)(2)(3)** (=同「刑罰論から見た量刑基準(1)(2)(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)、**前田・総論** (=前田雅英『刑法総論講義 第4版』〔2006〕)、**松原1997** (=松原芳博『犯罪概念と可罰性』〔1997〕)、**松原2003** (=同「被害者保護と『厳罰化』』法律時報75巻2号〔2003〕20頁以下)、**松原2004** (=同「刑事責任の意義と限界』法律時報76巻8号〔2004〕6頁以下)、**松宮・総論** (=松宮孝明『刑法総論講義 第3版』〔2004〕)、**松宮2006** (=同「法定刑引上げと刑罰論』法律時報78巻3号〔2006〕6頁以下)、**松本1982** (=松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原ほか編『現代刑罰法大系 第6巻 刑事手続 II』〔1982〕145頁以下)、**松本2001** (=同「量刑の実務と今後の課題』現代刑事法21号〔2001〕10頁以下)、**ミュラー＝ディーツ1979** (=ハインツ・ミュラー＝ディーツ「刑罰の目的と刑の量定に焦点をあてた責任と予防の関係』刑法雑誌23巻1＝2号〔1979〕85頁以下)、**安原2000** (=安原治「量刑の実務は実際どのように運営されているのか』『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〕407頁以下)、**山口・総論** (=山口厚『刑法総論 補訂版』〔2005〕)、**山中・総論 I II** (=山中敬一『刑法総論 I・II』〔1999〕)、**吉岡1996** (=吉岡一男『刑事学〔新版〕』〔1996〕)、**吉岡1997刑事制度論** (=同『刑事制度論の展開』〔1997〕)、**吉岡1997自由刑論** (=同『自由刑論の新展開』〔1997〕)、**吉岡2001** (=同「量刑と積極的一般予防論』現代刑事法21号〔2001〕44頁以下)。

(独文献)

Albrecht 1994 (=Hans-Jörg Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität,

1994) ; **Bruns 1985** (=Hans-Jürgen Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2.Aufl., 1985) ; **Dölling 1999** (=Dieter Dölling, Über die Strafzumessung beim Raub, GS-Zipf, 1999, S.177ff.) ; **Dölling 2003** (=ders., Über die Höhenbemessung bei der Freiheits- und Jugendstrafe, FS-Schreiber, 2003, S.55ff.) ; **Dreher 1977** (=Eduard Dreher, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 37.Aufl., 1977) ; **Erhard 1992** (=Christopher Erhard, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992) ; **MK-Franke 2003** (=Ulrich Franke, in: Joecks / Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.I, 2003) ; **Frisch 2000** (= Wolfgang Frisch, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd.IV, 2000, S.269ff.) (岡上訳「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」法政理論〔新潟大学〕34巻3号〔2002〕49頁以下) ; **LK-Gribbohm 1994** (=Günter Gribbohm, in: Jähnke u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar, 11.Aufl., 1994) ; **Hart-Hönig 1992** (=Kai Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992) ; **SK-Horn 2001** (=Eckhard Horn, in: Hans-Joachim Rudolphi / Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35.Lfg., 7.Aufl., 2001) ; **Hörnle 1999** (=Tatjana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999) ; **Jakobs AT** (=Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1991) ; **Jescheck / Weigend AT** (=Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996) (西原監訳『ドイツ刑法総論』〔1999〕) ; **Kaufmann 1976** (=Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., 1976) (甲斐訳『責任原理』〔2000〕) ; **Köhler AT** (=Michael Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997) ; **Lackner / Kühl 2004** (=Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 25.Aufl., 2004) ; **M / Zipf AT I** (=Reinhart Maurach / Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8.Aufl., 1992) ; **M / G / Zipf AT II** (=Maurach / Karl Heinz Gössel / Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7.Aufl., 1989) ; **B-D Meier 2001** (=Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2001) ; **B-D Meier 2005** (=ders., Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung, JuS 2005, S.769ff., 879ff.) ; **Müller-Dietz 1992** (=Heinz Müller-Dietz, Strafzumessung und Folgenorientierung, FS-Spendel, 1992, S.413ff.) (吉田訳「量刑と結果志向」北海

学園大学法学研究28巻2号〔1992〕415頁以下)；**Roxin 1977** (=Claus Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, FG-Schultz, 1977, S.463ff.) (酒井訳「刑罰目的から見た刑の量定」宮澤監訳『刑法における責任と予防』〔1984〕115頁以下)；**Roxin 1978** (=ders., Prävention und Strafzumessung, FS-Bruns, 1978, S.279ff.) (山田訳「予防と量刑」宮澤監訳『刑法における責任と予防』〔1984〕141頁以下)；**Roxin AT I** (=ders., Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4.Aufl., 2006)；**Schäfer 2001** (=Gerhard Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3.Aufl., 2001)；**Schöch 2001** (=Heinz Schöch, in: Günther Kaiser / Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 5.Aufl., 2001)；**Schünemann 1987** (=Bernd Schünemann, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser / Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S.209ff.)；**S / S-Stree 2001** (=Walter Stree, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.Aufl., 2001)；**NK-Streng 2005** (=Franz Streng, in: Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Bd.1, 2.Aufl., 2005)；**(Verfasser) in : Tatproportionalität 2003** (= in: Frisch u.a. (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003)；**v Hirsch / Jareborg 1991** (=Andrew von Hirsch / Nils Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991)；**Weigend 2004** (=Thomas Weigend, Resozialisierung – die gute Seite der Strafe?, in: Radtke u.a. (Hrsg.), Muss Strafe sein?, 2004, S.181ff.)

第1章 はじめに

第1節 本稿の概要

筆者は、旧稿¹⁾において、いわゆる量刑における消極的責任主義の内実について検討し、その一帰結として、体系的カテゴリーとしての「責任」のみに関連する事情の評価方向は、軽減方向に限定されるという見解を支持した。これによれば、たとえば、犯行の動機や目的が低劣であること、行為態様が残忍ないし執拗であること、常習性が認められること、前科があること、被告人の悪しき性格ないし人格態度といった事情を、違法性と区別された狭義の「責任」

1) 小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学1号(2004)213頁以下。

に関連する事情として、量刑を重くする方向で考慮することは許されないといいことになる。もっとも、旧稿でも言及したように、量刑における消極的責任主義は、当該犯行をめぐる様々な事情から、量刑に関連性を有する事情を選別するにあたって依拠されるべき枠組み（量刑基準）の一部を提供するものにすぎない。ある事情の量刑関連性を判断するためには、量刑基準を構成するその他の要素の範囲およびその内実、さらにはそれらの相互関係を明らかにする必要があるのである²⁾。

本稿は、このような認識を前提に、一般的な量刑基準の構築に向けて考察を一步進めようとするものである。検討のプロセスとしては、次のようなものを予定している。まず、次章において、いわゆる「量刑における責任と予防」の問題をめぐる議論を、最近の学説の展開をも踏まえつつ、できるかぎり客観的な視点に立って概観する。次に、そこで得られた問題意識を背景に、第3章で、量刑基準の中核に位置づけられる犯行均衡原理ないし責任相当性の原則（刑の重さが、犯行に対する責任の重さに見合ったものであることを要求する考え方³⁾）について詳しく考察する。そこでの課題は、犯行均衡原理の理論的根拠と犯行の重大性の評価基準が不可分に結びついているということを中心に、それらの実質的内容を、刑罰論・量刑論のみならず、現代的な犯罪論の理論動向も視野に入れつつ検討することである。そして、第4章では、通説および実務によって副次的な量刑基準として容認されている予防的考慮（刑の重さを決めるにあたって、過去に行なわれた犯行の重大性のみならず、量刑が直接的に犯罪予防効果に与え

2) 小池・前掲注1「量刑における消極的責任主義の再構成」320-321頁。

3) 一般的には、責任相当性の原則（または、量刑における責任主義）という用語になじみがある。ただ、それによると、量刑における「責任」が、違法性と対置される意味での狭義の責任ではなく、違法性の重さを含めた「犯行の重大性」を意味しているということ（小池・前掲注1「量刑における消極的責任主義の再構成」310-311頁、同論文注362に挙げた文献、および遠藤2005(1)10頁注28を参照）が見過ごされるおそれがある。それを避けるためには、「犯行均衡原理（Tatproportionalitätsprinzip）」という語を用いることが望ましいが、専らそちらの用語法による場合、従来の見解を参照するにあたって支障をきたすことがある。そこで本稿では、両用語を同義のものとして併用することとした。

うの影響を考慮すること)をめぐって生じる様々な問題がテーマとされる。ここでは、様々な要因から従来議論では十分に整理されてこなかった、各々の予防的考慮の実質的内容およびその合理性、さらには予防の周辺領域の問題について、立ち入った検討が加えられる。

第2節 射程の限定

本稿は、理論的にも実務的にもとくに重要な、以下の問題領域を、直接的な検討対象から外しているということを、予めことわっておかなければならない。

第1に、本稿の直接的な検討対象は、刑の量的な「重さ」(いわゆる狭義の量刑)に関する量刑基準である。具体的には、自由刑の刑期や財産刑の金額など、同一刑種における宣告刑の選択、および財産刑・自由刑・生命刑という重さの序列のある刑種間における選択の場面が念頭に置かれる。これに対して、実務的には、懲役2年か3年かということよりも、執行猶予か実刑かということの方が重要であろうから、本来であれば、その区別の基準をも含めた量刑基準を明らかにすることこそが待望されよう。ただ、刑の執行を猶予するか否かなどの判断(いわゆる広義の量刑)については、それを刑の「重さ」という観点からのみ論じることが不可能である。ここでは詳論できないが、それは、「重さ」の判断を前提としつつ、さらに当該制度の本質的性格に根ざした固有の考慮を要求するものであって、その具体的内容は重要な各論的課題である。そこで、刑の執行猶予をめぐる理論的検討については他日を期すこととして、すべての基本となる、刑の量的な「重さ」を制御する原理を対象に考察を進めることとした。

第2に、本稿は、量刑の抽象的・相対的な重さを決定する段階を支配する原理を主たる検討対象とし、それを具体的・絶対的な宣告刑へと変換する段階に関する議論には、必要最小限にしか立ち入らない。上記2つの段階の区別に関しては、量刑の「相対的(序数的)均衡」と「絶対的(基数的)均衡」を区別する考え方⁴⁾が参考になるだろう。相対的均衡とは、ある犯行に対する処罰の均

4) Vgl. v Hirsch / Jareborg 1991, S.25f. ; v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.61ff. ;

衡性を、他の犯行との比較において問題にする概念である。同じ重さの事例であるにもかかわらず異なった刑が科されることは相対的均衡を害する。これは、様々に異なる事情を伴う諸々の事例を並べてみたときに、その軽重の相対的な関係はどうなっているかを問題にするものといえる。たとえば重傷を負わせたA事例と軽傷にとどまったB事例で、他の事情に差異がなければ、A事例をB事例よりも重く処罰すべきだという具合である。しかし、この相対的均衡の要請は、たとえばA事例を懲役2年、B事例を懲役6月としても、A事例を懲役10年、B事例を懲役5年としても、等しく充足されうる。よって、この要請の考慮から、具体的に懲役何年の刑を宣告すべきなのかは明らかにならない。具体的な刑量の算出を可能にするのは、科刑のレベルが、他の事例との比較を問題とすることなく「それ自体として」相当なものかを問題にする絶対的均衡の概念である。それによって、どこかに「比較の拠り所」ないし「尺度」となる基準値を設定することができれば、それとの相対的均衡を考慮して、具体的な刑量を算出することが可能になる。本稿がテーマとする量刑基準論は、量刑事情の関連性やその評価方向、すなわちいかなる事情の有無が量刑の差別化を招

Hörnle 1999, S.155ff.; Duff in: Tatproportionalität 2003, S.29ff.; Ashworth in: Tatproportionalität 2003, S.83f.; Frisch in: Tatproportionalität 2003, S.4f. 滝川裕英「量刑権力の説明責任」法律時報78巻3号（2006）20頁以下も参照。

- 5) 絶対的均衡性の問題について何らかの拠り所を見出すことは困難な課題であり（宮澤節生「法定刑の原理と動態」法律時報78巻4号〔2006〕79、82頁参照）、相対的均衡と絶対的均衡の概念を用いる犯行均衡説（後掲本章第4節4参照）の論者らは、それにかかわる全体的な量刑レベルの設定については、時代・文化に応じて可変的な慣行ないし共通認識（Konvention）によらざるをえないとして、詳細な検討を回避している（Vgl. v Hirsch / Jareborg 1991, S.25ff.; v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.63ff.; Hörnle 1999, S.155ff.）。

ちなみに、ドイツの伝統的な量刑論（z.B. Dreher, Über die gerechte Strafe, 1947, S.61ff.; ders., Über Strafrahmen, FS-Bruns, 1978, S.149ff.; Bruns 1985, S.43ff.,60ff.）では、法定刑が、相対的均衡の判断を絶対的な刑量に結びつける「尺度」としての役割を果たすという理解がとられてきた。しかし、最近では、法定刑がそのような役割を果たしているか、あるいは果たすべきかについて懐疑的な見解が有力化している（z.B. NK-Streng 2005, § 46,

くかを問題とするものであるから、主として、上記の相対的均衡の問題にかかわるものである。絶対的均衡の領域が量刑論における重要な課題であることは否定しようもないが⁵⁾、いずれにせよそこでは、たとえば刑罰により剥奪される犯罪者の法益（自由、財産）の客観的価値をどう捉えるかに関する感覚の時代の変遷など、責任主義や予防目的に照らした量刑事情の選別論とは異質の考慮が重要になってくるのである。そこで、考察対象の拡散を防ぐべく、その問題には原則的に立ち入らないこととした。

第3節 量刑判断の全体性・裁量性との関係

本稿は、個々の量刑事情の関連性およびその評価方向について、逐一、刑法理論を背景とした量刑理論からのチェックを要するという考え方を前提としている。もっともこれは、とくに実務家にとっては馴染みのないものかもしれない。量刑は事案全体に対する総合的評価であるから、個々の量刑事情について孤立的にその意義を論じることには意味がないという実務的感覚も根強いように思われるのである⁶⁾。しかしながら、そこでいう「事案」も、理論的に考慮してはならない事情は視野の外に置くという形での加工を経たうえでのものでなければならないはずであって、その前提としては、個々の量刑事情の関連性

Rn.115ff ; B-D Meier 2005, S.880. この議論についてわが国では、小島「法定刑の引上げと量刑」岡山理科大学紀要39号B〔2003〕65頁以下、同「自由刑の実態と量刑判断」同40号B〔2004〕35頁以下、同「刑事司法の運用に対する法定刑変更の効果」法律時報78巻4号〔2006〕98頁以下、杉田宗久「平成16年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判例タイムズ1173号〔2005〕4頁以下、井田2005・228頁以下、同「法定刑の引上げとその正当化根拠」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集 上巻』〔2006〕267頁以下、原田「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル1号〔2005〕50頁以下、村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判例タイムズ1189号〔2005〕27頁以下、安田拓人「コメント・村越一浩『法定刑・法改正と量刑』について」同54頁以下、松宮「法定刑の原理論」法律時報78巻4号〔2006〕86頁以下など参照。

6) たとえば、遠藤2005(1)・12頁は、「量刑が多く基礎事情を踏まえた総合的裁量判断であり、1つの事情をつかまえて、有利、不利の判断がしにくい」と述べている。

7) Hans-Ludwig Günther, Grade des Unrechts und Strafzumessung, FS-Göppinger, 1990,

を検討せずにはいられない⁷⁾。そして、その関連性の有無の判断基準そのものを、裁判所の裁量に委ねるわけにはいかない。「量刑の問題は、刑法理論の縮図である」⁸⁾、『何故』刑罰は正当とされるかという根拠は、『どの程度の』刑罰が正当とされるかという根拠でもある⁹⁾、さらには、「適切な刑……によって何が達成されるべきなのかを認識してはじめて、すべての広範な問題に回答するための基準、とりわけ『何が』量刑の素材となる事実と考えられるべきなのか、また、それらが『いかに』評価され、比較衡量されるべきなのかについての必要な指示が得られる」¹⁰⁾などと述べられてきたように、刑法理論ないし刑罰（目的）論に関する態度決定が、量刑判断の理論的な出発点になるという理解は、伝統的に広く承認されている¹¹⁾。そうだとすると、量刑事情の選別基準を裁判所に委ねることは、刑法理論上の根本問題に関する態度決定について、裁判所ごとに異なる判断がなされてもかまわないということを承認することにほかならず、その不当性は明らかである¹²⁾。「正当な量刑理論に裏付けられない場当たりのあるいは感覚的な量刑判断は排除されるべき」¹³⁾であるという基本思想にしたがう限り、量刑事情を評価するための統一的な枠組みについて、あらかじめ考察しておく必要性を疑うことはできないのである。

S.458は、「個別の犯行不法のもつ行為者に有利ないし不利な意義を前もって確定することなく、『行為者に有利ないし不利な諸事情』（ドイツ刑法46条2項1文）を相互に比較衡量することは、思考法則からして排斥される。それゆえ、全ての量刑事情の総合評価はつねに、あらゆる個別の量刑事情を他と切り離して（isoliert）評価することを前提とする」とする。

8) 団藤・総論541頁。

9) 平野・総論I 27頁。

10) Bruns 1985, S.81.

11) 本文に引用した文献のほか、阿部2001・5頁、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(1)」法学研究（慶應義塾大学）55巻10号（1982）76頁以下、同2005・204頁、城下1995・13頁以下、原田「量刑理論と量刑実務」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』〔2006〕286頁以下など。ドイツでは、Bruns 1985, S.6；M / Zipf AT1, § 7, Rn.6；S / S-Stree 2001, § 46, Rn.3；Frisch 2000, S.269；B-D Meier 2001, S.143；ders. 2005, S.770 usw. このような前提に疑問を呈する理論動向については、後掲第2章第4節4および第3章第2節を参照。

第2章 量刑理論の概観

第1節 導入

前章において述べたように、ある事情を、量刑を重くする（または軽くする）方向で考慮できるか否か、およびその程度を決するためには、その判断の前提となる大きな枠組み（量刑基準）が必要である。では、量刑基準はいかなる要素から構成されるのであろうか。従来の諸見解が主に議論の対象としてきたのは、「量刑における責任と予防」にほかならない。すなわち、戦後の刑罰理論においては、刑罰の有用な目的設定を一切否定する意味での絶対的応報刑論や、なされた犯行の重大性に量刑上さしたる意義を認めない（それにせいぜい刑罰権発動に対する「きっかけ」としての役割しか与えない）特別予防一元論はほとんどみられず、多くの見解が、犯行の重大性（責任の重さ）と予防目的の双方に、量刑上考慮されなければならないことを認めてきた。しかし、それらの基準が導く刑の重さは、異なったものとなることも少なくない。そこで、このような刑罰目的の二律背反（アンチノミー）の問題に対して、いかなる解決を与えるかが、問題とされたわけである¹⁴⁾。

12) 井田2005・204-205頁は、ある事情が（加重的ないし軽減的な）構成要件の要素とされるか、同一の構成要件の枠内での量刑判断に用いられる事情とされるかは、法律の規定の仕方に依存した流動的なものであることを引き合いに出して、「科刑の限界と基礎づけに関わる重要な問題がそこに存在するのに、たまたま規定があるなら関心を持つが、規定がなければ実務にまかせるというのであれば、刑法理論を追究する者の態度として、とても正当化できる態度では」とする。量刑（責任）論と犯罪論を支配するプリンシプルがまったく同一のものでなければならぬかどうかは別として、その基本的態度は正当である。これに対して、遠藤2005(4)・49頁は、「量刑論は、その正当化根拠自体から見解が分かれ、要件としての基準も、実定法上不明確であるか、なきに等しい」ことなどを指摘して、その犯罪論との差異を強調する。しかし、犯罪論においても、正当化根拠自体から見解が分かれ、実定法上の規制の不明確性（またはその欠如）を反映して要件論が激しく争われていることは、刑法総論におけるごく基本的な論点を想起すれば、容易に認識できよう。

13) 原田・前掲注11「量刑理論と量刑実務」291頁。

14) Bruns 1985, S.81ff ; B-D.Meier 2001, S.145f. ; 阿部1982・88頁、同2001・6頁、城下

ドイツにおける「量刑理論 (Strafzumessungstheorien)」は、この問題に検討を加え、量刑基準を構成する諸原理およびその相互関係を明らかにし、裁判所の量刑判断に理論的基礎を提供しようとする試みの総称にほかならない¹⁵⁾。以下では、比較的近時における諸見解を中心に、議論の展開を概観することとする。

第2節 責任刑を基礎として、予防的考慮を加味して量刑を行う見解

1 幅の理論

(1) 支配的見解としての幅の理論

ドイツおよびわが国の通説的見解は、なされた犯行の重大性(責任の重さ)を「基礎」としつつ、それに予防的考慮を「加味」して最終的な量刑を決する見解に立っている。その中でもとくに支配的であるのは、責任刑の幅の範囲内で予防目的を考慮しようとする「幅の理論 (Spielraumtheorie)」¹⁶⁾ないし「責任枠の理論 (Schuldrahmentheorie)」¹⁷⁾である。それによれば、裁判所は、まず、有罪判決される犯行に対する責任からしてどの程度の刑が相当であるかを問わなければならないが、責任刑は一点で定まるのではなく、それには一定の幅(ないし裁量の余地)が認められるから、その範囲内において、予防の必要性に応じ

1995・2、84頁、岡上1993(1)87頁以下、遠藤2005(1)・14頁など参照。

15) Vgl. NK-Streng 2005, § 46, Rn.96.

16) Bruns 1985, S.105ff.; Roxin 1977, S.465ff.; S / S-Stree 2001, Vor § 38ff., Rn.10; ミュラー=ディーツ1979・102頁、Jakobs AT 1/50 u Fn.74.; Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.24f.; LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.18ff.; Jescheck / Weigend AT, S.880f.; Schäfer 2001, Rn.461ff.; NK-Streng 2005, § 46, Rn.97ff.; Dölling 2003, S.57f.; B-D Meier 2001, S.146ff., 151f.; ders. 2005, S.770.; MK-Franke 2003, § 46, Rn.11ff. usw. 幅の理論を紹介・分析したもものとして、大谷『人格責任論の研究』(1972) 296頁以下、阿部「刑の量定の基準について(中)」法学(東北大学) 41巻1号(1977) 1頁以下、浅田『刑事責任能力の研究 上巻』(1983) 203頁以下、岡上1993(1)・91頁以下、城下1995・83頁以下、小島透「量刑の評価過程と数量的構造(2)」法政論集(名古屋大学) 169号(1997) 36頁以下、本庄1998(1)・81頁以下、同2002(1)・188頁以下など。

て最終刑を決めることが許される。

19世紀に、ヘーゲル学派のアルバート・フリードリヒ・ベルナー¹⁸⁾によってはじめて主張されたといわれる幅の理論は、戦後においては、ギュンター・シュペンデル¹⁹⁾らの有力な支持者を見出すとともに、1954年11月10日の連邦通常裁判所 (BGH) 判決²⁰⁾によって、次のように明示的に採用されるに至った。「いかなる刑罰が責任に相応するものであるかを正確に決定することはできない。そこには、上方においてまだ、下方においてすでに責任に相応するといえる刑によって限界づけられる、ある幅 (Spielraum) が存在する。事実審裁判官は、この上限を上回ってはならない。よって、刑の程度や種類において、もはや責任に応じたものと感じられないほど重い刑罰を科してはならない。しかし、この幅の範囲内でどの程度の刑を科すかについては、その裁量に委ねられている。……責任相応刑の中から、一般威嚇を考慮してより厳しい刑罰を選択するとしても、それは法律上の誤りを意味しない」。

応報 (ないし責任の清算) が主たる刑罰目的であるが、それと矛盾しない範囲でなら副次的に予防目的をも考慮できるとする伝統的な刑罰理論 (いわゆる応報的統合説) を量刑基準に反映させたこの幅の理論は、上記判例およびその後の一連の判例²¹⁾によって確立した判例理論となり²²⁾、また学説上も通説化した。た

17) M / Zipf AT I, § 7, Rn.25 ; M / G / Zipf, AT II, § 63, Rn.3 ; Erhard 1992, S.316. ハイנטツ・ツイップによれば、「幅の理論」は、上告審によるコントロールを意識したものであるが、「責任枠の理論」は、ドグマティックな構成 (したがって、事実審裁判官の考察方法) を強調したものであるとされる (M / G / Zipf, AT II, § 63, Rn.14)。もっとも、「幅の理論」という用語を用いる論者には、そのような区別の意識はないように思われる。

18) Albert Friedlich Berner, Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, sowie zu einer begriffsmäßigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten, in : Archiv des Criminalrecht, 1845, S.144ff., zitiert bei Zipf, Strafmaß revision, 1969, S.55f.

19) Günter Spendel, Zur Lehre von Strafmaß, 1954, S.168ff.

20) BGH 7,28 [32].

21) Vgl. BGH 20, 264 ; BGH 24, 132 ; BGH 28, 318 usw.

たとえばブルンスは、当初はこの理論に批判的であったが²³⁾、後に支持に回り²⁴⁾、その後の著書で次のように述べている。「決定的なのは、第1次的に贖罪概念、応報目的であって、それと並んでまた威嚇目的、さらにまた教育・改善目的が加わる。一般刑法の刑罰は、つまりは多面的な目的に奉仕する。それらすべてを量刑裁判官は考慮してよい。……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うる」²⁵⁾。「責任贖罪原理から要請される刑量を『区間』として考え、そうして、その限界内に予防の観点の考慮のための幅をもつ『枠の刑』を考える……これがいわゆる幅の理論の基本思想であって、それは……責任原理の優位に矛盾なく整合しうるものである。……幅の理論は、すべての刑罰目的の同時的な作用を可能にするものであって……刑罰目的の紛争を、建設的に、制限された調和に変え、『高次の理念』の下における刑罰目的の妥協を実現する」²⁶⁾。このブルンスの論述が、いわゆる応報的統合説を前提とするものであることは明白である。

このような考え方は、わが国の伝統的学説に受け入れられてきた。たとえば、大塚仁の次のような見解が典型的である。「刑罰における応報的原理を否定することはでき」ず、「刑罰には、依然、絶対主義的契機が含まれている」が、そこには、「ともに相対主義的契機が含まれ、相対主義的契機としては、一般予防機能とともに特別予防的機能が併せ認められる」。ただ、この「刑罰の予防的目的も、その応報的正義の枠内において、いいかえれば、犯罪に価値的に相応する刑罰の枠内においてのみ、合理的意義を見出されなければならない」の

22) もっとも、事実審裁判官レベルでの量刑判断は、実際には幅の理論に依拠していないとの評価もある（後掲本章第4節4注325参照）。Vgl. auch Jescheck / Weigend AT, S.881.

23) Bruns, Strafzumessungsrecht, 1967, S.270, 285f.

24) Bruns, Strafzumessungsrecht, 2.Aufl., 1974, S.263ff.

25) Bruns 1985, S.90.

26) Bruns 1985, S.105. ブルンスは、幅の理論のコンセプトを「鎮圧の枠内における予防」とする（S.92, 107）。

であって、量刑の基調は、「『応報の中における予防』である」²⁷⁾。量刑実務も、基本的にこのような見解を前提としている。たとえば、有力な実務家は、「実務においても、基本的には、応報原理に基づく責任相応刑の範囲の中で、一般予防や特別予防の観点から刑量を調整し具体的量刑に至って」いる、あるいは、「犯罪を犯したことに對して責任をとってもらおうということが刑罰の基本にあり……犯罪事実を中心とした狭義の犯情事実を中心にもまず考え、次いで予防的考慮に関する事情が多い一般情状を検討して最終的量刑判断に至る」²⁸⁾などと説いており、それは、学説で言うところの幅の理論に親和的であるとされている²⁹⁾。そこでいう犯情の評価が、「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もの」であると、その理論的基礎について、「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いる」と述べるものもある³⁰⁾。

もっとも、注意を要するのは、幅の理論は、必ずしも応報的統合説のような

27) 大塚・総論49-50、530頁（なお、同533頁は、前述のBGH 7,28を好意的に引用している）。

これに近い理解として、改正刑法準備草案理由書96頁 [小野清一郎]、福田・総論21、319-320、347頁、佐久間修『刑法講義〔総論〕』（1997）429-430、448頁など。さらに、金澤1988・194、205-208頁も参照。

28) 遠藤2005(1)・18-19頁。いわゆる量刑相場との関係については、同2005(2)38-39頁参照。

29) 岡田2002・482頁。さらに、鈴木義男「量刑の基準」法学教室（第2期）3号（1973）39頁、松本1982・156頁以下、同2001・12頁以下、同「量刑の相場について」法の支配126号（2002）32頁以下、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）4頁、原田2004・2頁以下（ただし、同94頁および同・前掲注11「量刑理論と量刑実務」283頁は、死刑が無期かが問題となる事案では、幅の理論は妥当しないとす）。ちなみに、実務家に対するあるアンケート調査では、「『責任』の観点、あるいは『予防』の観点をどのように量刑判断過程に取り入れていますか」との質問に対し、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」との回答を選択している（伊東=小島アンケート57頁。なお、「責任と予防を同時に考慮しながら、量刑を行う」が16名）。

30) 松本2001・14頁。幅の理論をとるものではないが、中野・総論8頁も、応報が刑罰目的であることを明言する。

刑罰目的論における特定の見解とワンセットで主張されるものではないということである³¹⁾。むしろそれは、責任と予防の双方の観点に量刑上の意義を見出だそうとする場合に生じる二律背反(アンチノミー)に「穏当」な解決を提供するものとして、広い支持を集めているのである。そのことは、この理論について、「責任主義の確保と予防目的に導かれた量刑の合目的性をともに実現する……アンチノミー問題のきわめて『エレガント』な解決」³²⁾、「予防的観点をも考慮して決められた刑量が、責任を上回ったり、下回ったりしていると考えなければならないという後ろめたさを免れさせる」³³⁾、「矛盾対立することもある量刑上の諸観点を計画的に整理する……ための、必然的に論証されうるとまではないえないものの、1つの使用可能なモデル」³⁴⁾、「量刑事情の複雑性を承認し、全ての刑罰目的の統合を基本的に——理論的に——許容するところに利点がある。その際、不明確さはあるが、それは量刑のようなきわめて多層的な過程を完遂するために避けられない」³⁵⁾といった指摘がなされていることにあらわれている³⁶⁾。

31) たとえば、クラウス・ロクシンは、1970年代後半以降、いわゆる積極的一般予防論を中核とした予防的統合説を前提に、幅の理論を支持している(Roxin 1977, S.466ff. Schünemann 1987, S.210f.は、幅の理論は応報刑論と一体的であるとしてこれに反対する)。また、ツィップは、責任枠の理論を、刑罰目的論としての応報とは無関係な限界づけ原理にすぎないとする(M / Zipf AT I, § 7, Rn.16f.)。

32) 阿部「刑の量定の基準について(下)」法学(東北大学)40巻4号(1978)58-59頁。Vgl. auch Frisch 2000, S.273.

33) NK-Streng 2005, § 46, Rn.98.

34) Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.25.

35) B-D. Meier 2001, S.151f.

36) わが国で、刑罰目的論としての応報的統合説との関連づけを前提とせずに、幅の理論(ないし責任枠の理論)を支持する学説として、阿部1982・99-100頁、井田1996・295頁以下、312-313頁注8、同2005・220頁、川崎1991・37、87頁以下、102頁以下、神田宏「量刑と予防」現代刑事法21号(2001)20頁、日高義博「死刑の適用基準について」現代刑事法25号(2001)38頁、中空壽雅「責任主義」法学セミナー558号(2001)23頁、前田・総論32頁など。西田・総論19頁、佐伯仁志「少年法の理念」猪瀬ほか編『少年法のあらたな展開』(2001)46頁も参照。

ところで、幅の理論に関する基本的な誤解を避けるべく、次の2点を確認しておこう³⁷⁾。

第1に、幅の理論という責任刑の幅は、行為責任に対応する刑の幅にほかならず³⁸⁾、いわゆる行為者責任ないし行為者の危険性を加味して考えられた幅ではない。わが国では、「責任とは、行為に対する応報・贖罪と行為者の危険性を総合したものである。行為者の危険性を考慮して常習犯人に対する責任を規定する以上、行為の責任から相当離れることも考えることができる」³⁹⁾という理解を前提に、常習犯人に対する相当広い責任刑の幅を認め、そこから相対的不定期刑を正当化しようとした試みがあった⁴⁰⁾。しかしこれは、本来の幅の理論とは異質のものである⁴¹⁾。幅の理論に対しては、最近に至るまで、「非難可能性以外の刑事政策的要因、とくに危険性という観点が責任の中にしび込む危険がある」⁴²⁾とか、「相対的不定期刑の根拠づけに援用されてきたことが、やはり看過されてはならない」⁴³⁾といった批判がなされているが、それらは、本来の幅の理論に対して妥当するものではないということに注意しなければならない。

第2に、幅の理論という「幅」は、いわゆる上訴審査の幅とは別物である。

37) とくに、山火正則『「幅の理論」と相対的不定期刑論』法学(東北大学)47巻5号(1984)81頁を参照。

38) Vgl. Bruns 1985, S.245ff.; M / G / Zipf, AT II, § 63, Rn.6.; B-D.Meier 2001, S.166. usw.

39) 莊子邦雄「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」小川編『矯正論集』(1968)78-79頁。

40) 代表的なものとして、莊子・前掲注39「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」91頁以下、「特集・不定期刑と保安処分・第2部共同討論」刑法雑誌17巻1=2号(1970)124-130頁[とくに団藤発言]。団藤が2-15年というきわめて広い責任の幅を認めたことに対して、瀬川晃「不定期刑論の一考察」同志社法学24巻4号(1973)103頁は、「最もショッキング」であったと述べている。

41) 大谷・前掲注16『人格責任論の研究』317頁、瀬川・前掲注40「不定期刑論の一考察」105頁以下、山火・前掲注37『「幅の理論」と相対的不定期刑論』81、92頁以下など参照。

42) 西原・総論下506頁。

43) 浅田1999・417頁。同2005・33頁も参照。

幅の理論は、第一審裁判所の視点に立って、犯行の重大性（責任の重さ）に応じた刑の幅の認識を、「最終的な刑量に至る途上の中間段階」⁴⁴⁾として考えるもので、それに続く予防的考慮等によって、最終的には1つの宣告刑が選択されることを当然に予定している⁴⁵⁾。それに対し、上訴審査の幅とは、全てのステップを経て選択された宣告刑について、上訴審裁判所の視点に立って、「この程度の幅に収まっていてくれれば、破棄するほどではない」というニュアンスで述べられるものである⁴⁶⁾。この2種類の幅が別の概念であるということは、幅の理論による場合、最終的な宣告刑が責任の幅の外にある場合にはもちろん、それが幅の中にある場合でも、不適切な予防的考慮に基づく（たとえば、再犯のおそれが明らかに低いのに、責任刑の上限を科した）のであれば、破棄されなければならないということからも明らかである⁴⁷⁾。したがって、上訴審査の幅を認めることがほとんど不可避であると考えなければならないとしても⁴⁸⁾、そのことから、責任刑に関しても幅の理論をとらなければならないということには直

44) M / Zipf AT I, § 7, Rn.25.

45) Bruns 1985, S.106.; 阿部・前掲注16「刑の量定の基準について(中)」10頁、山火・前掲注37『「幅の理論」と相対的不定期刑論』81頁、川崎1991・38頁、座談会2004・74頁 [井田、原田発言]。第一審の視点に立つ以上、そのように考えなければ、宣告刑を幅のまま言い渡してよいことになってしまうだろう。

46) ドイツの判例で、この意味での幅について論じたものとして、BGH 7.86がある (Vgl. Bruns 1985, S.106. わが国では、大谷・前掲注16『人格責任論の研究』305頁、城下1995・97頁注36など参照)。また、遠藤2005(1)・22-23頁が、責任刑のみならず予防的考慮を経た最終刑にも幅を認めるべきであり、また実務における「量刑の幅」は主に上訴との関係を念頭に置いてきたと主張しているのも、こちらの意味での幅を問題にするものである。

47) なお、これらの場合の破棄事由について、「宣告刑が〔責任刑の〕幅のなかにあると考えられるかぎり、当事者は量刑不当で争い得るだけであるが、幅のそとにあると考えられる場合は法令違背をも主張し得る」として、責任刑の幅を踏み越えたか否かを法令適用の誤りと量刑不当の区別と連動させる見解もある (阿部1982・99-100頁。それを前提に、点の理論によれば不当な量刑が全て法令違背になってしまうと批判する)。しかし、わが国のように量刑不当を広く控訴理由・破棄理由としており、法令適用の誤りとの取扱いがほとんど変わらない法制においては、責任刑を踏み越えた量刑と、その範囲内ではあるが不適切な量刑をとりたてて区別する実益はなく、いずれも量刑不当として扱えば足りよう (平良

結しないということは、理解しておかねばならない⁴⁹⁾。

(2) 幅の理論における派生的問題

ア 責任刑先行アプローチと予防刑先行アプローチ

幅の理論をめぐっては、いくつかの派生的な問題が議論されている。まず、幅の理論における責任刑の設定と予防的考慮の先後関係に関して、2つのアプローチがあるとされることがある⁵⁰⁾。一般的な理解は、はじめに責任刑の幅を設定し、しかる後に、その内部で予防的考慮をおこなって最終刑を見出すという、責任刑先行アプローチ⁵¹⁾である。これは、中心的な刑罰目的（たとえば応報）が責任刑を科すことを要求し、その枠内では、副次的な刑罰目的である予防をも考慮できるという考慮から素直に導かれる、幅の理論の本来的な姿であるといえる⁵²⁾。これに対し、特別予防思想により重きを置く立場からは、反対

木登規男『刑事控訴審』〔1990〕54頁、原田2004・3、89頁、本庄2002(1)・196頁注57。さらにその限りで、遠藤2005(1)・23頁)。

48) 第一審の量刑判断と上訴審のそれがわずかでも食い違えば破棄を免れないというのはあまり現実的ではないから、上訴審査が幅を持ったものであるべきことには争いは少ないだろう（小林「控訴審における量刑判断」司法研修所論集94号〔1996〕64頁以下、原田2004・92頁など参照。なお、ここでは実刑の刑期の長さをめぐるいわゆる1項破棄の場合を念頭に置いている）。

49) 責任刑に関する幅の理論に批判的であったイエシュックは、幅の理論は、事実審裁判官の立場からすれば不当であるが、上告審査の観点では正しいと述べていた（Jeschek, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, GA 1956, S.109. Vgl. auch Köhler AT, S.585 ; Hörnle 1999, S.158f.）。

50) Vgl. Karl Peters, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960, S.165ff. ; Bruns, a.a.O. Anm. (24), S.269f. わが国では、大谷・前掲注16『人格責任論の研究』310頁、山火・前掲注37『『幅の理論』と相対的不定期刑論』82頁など参照。

51) これは、責任刑の枠を予防の考慮によって埋めていくという意味で、補充理論（Ausfüllungstheorie）と呼ばれている。もっともこれはあまり分かり易い表現とはいえず、責任刑先行アプローチと呼ぶのが明快である。

52) Bruns, a.a.O. Anm. (24), S.269f.

の手法、すなわち、いかなる刑が特別予防的観点において最適かをまず探求し、しかる後にその刑が責任枠の範囲内にあるかをチェックするという理解（予防刑先行アプローチ⁵³⁾もありうるとされた⁵⁴⁾。もっとも、ここでは本来の責任刑先行アプローチを念頭に置くこととしたい。というのは、予防刑先行アプローチは、量刑における犯行均衡原理（ないし応報的原理）に、「消極的に、上下の限界（Grenzen）を画する機能」しか認めないものであり⁵⁵⁾、本来的な幅の理論との間には、単なる説明の違い⁵⁶⁾にとどまらない基本的な考え方の相違があるからである⁵⁷⁾。

イ 責任刑の幅の性質——事物の本質説と認識困難説——

次に、幅の性質、すなわち、責任刑は事物の本質からして必然的に幅の形でしか存在しえないのか（事物の本質説）、それとも、真の責任刑は客観的には一点で存在するものであるが、それを認識することが人間には困難であるから幅を認めざるをえないのか（認識困難説）、が問題とされることもある⁵⁸⁾。「量刑

53) これは、予防に応じて決められた刑を責任枠によって限界づけるという意味で、限界づけ理論（Begrenzungstheorie）と呼ばれている。

54) Peters, a.a.O. Anm. (50), S.166. 山火・前掲注37『「幅の理論」と相対的不定期刑論』47頁も参照。

55) Vgl. Peters, a.a.O. Anm. (50), S.166, Fn.339.

56) そのように解するのは、NK-Streng 2005, § 46, Rn.97.

57) もっとも、別の文脈においてはではあるが、責任の幅の機能は（正義の積極的な追求ではなく）著しく不正義な刑が科されないようにし、または量刑の不平等を避けることにあるという消極的理解も根強い（Zipf, a.a.O. Anm. (18), S.51ff, 69f.; M / Zipf AT I, § 7, Rn.16; Erhard 1992, S.92ff.; 阿部・前掲注32「刑の量定の基準について(下)」59頁。井田2005・223頁も参照）。これは、刑罰目的と、科刑原理としての責任相当性の原則ないし犯行均衡原理を分離する考え方であり、その検討は、後掲第3章第2節において行う。

58) Vgl. Bruns, a.a.O. Anm. (24), S.270f.; Ulfrid Neumann, Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts („Punktstrafe“, „Spielraumthorie“, „Normalfall“), FS-Spendel, S.438.; 本庄1998(1)・82頁以下、同2002(1)・192頁以下。もっとも、Bruns 1985, S.107; LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.18も参照。

における一義性の欠如は……『実践的な』困難さ、つまり正しい刑の中心値の決定に基因するというにとどまらず、『理論的に』事物の本質において当然に基礎づけられる……『原理的な』性質のものである」というシュペンデル⁵⁹⁾に代表されるように、前者（事物の本質説）が通例といえる⁶⁰⁾。それは、「ある犯罪者が1002日の重懲役に処せられるか、1003日の重懲役に処せられるかは……国民の応報意識にとって重要でない」⁶¹⁾、「責任刑は結局、正義感覚を手がかりに量定されざるをえないのであるが、正義感覚というものは、量刑における……わずかな差を問題にしないからである」⁶²⁾などと述べられるように、犯行の重大性（責任の重さ）の評価基準が、社会一般人が当該犯行をどの程度重いものであると評価するかという、歴史的、文化的にみて可変的なファクターに依存する以上、一定の「ぶれ」があり、そのような基準の不明確性を、責任刑も必然的に反映せざるをえないという考慮に基づくようである⁶³⁾。

ウ 考慮されうる予防目的の内容——一般予防考慮の可否——

以上の2つの議論は、観念的な説明の仕方の問題にすぎない面もあり、最近

59) Spendel, aa.O. Anm. (19), S.178.

60) Bruns, aa.O. Anm. (24), S.270f.は、認識困難説を点の理論と同視している。阿部1982・99頁、井田1996・312-313頁注8も参照。これに対し、Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.24は、責任刑の「量は、せいぜい理論的にのみ決定されうるにとどまるもので、責任評価の複雑性……そして人間の認識能力の不十分さを考慮すれば、実際には、そこから1つの確定した刑の大きさが導かれるほどに一義的に決定されうるものではない〔傍点筆者〕」としており、認識困難説に近いといえようか。

61) Berner, aa.O. Anm. (18).

62) Roxin 1977, S.467.

63) Vgl. M / G / Zipf, AT II, § 63, Rn.13ff ; Neumann, aa.O. Anm. (58), S.439f. usw. ノイマンは、当該事例で責任評価を基礎づける事情の全てが明らかになったと仮定してもなお明確な責任刑は認識できないとして、それは責任評価の基準そのものが一義的でないことのあらわれであるとする。わが国では、松本1982・158頁、百瀬＝安森・前掲注29「量刑基準と国民意識」4頁、井田2005・219-220頁などを参照。

では取り上げられることは必ずしも多くない。それに対して、学説・判例がはっきりとした対立を示すのが、幅の枠内において考慮されるべき予防目的の内容、とりわけ量刑における一般予防目的の考慮の可否についてである⁶⁴⁾。その中でも、いわゆる積極的一般予防については、責任相当刑を科すことでおむね達成されるという理解⁶⁵⁾を前提に、それをさらなる加重根拠にしようという主張はなされない⁶⁶⁾。議論の対象となっているのは、消極的(威嚇)予防の観点を考慮して、幅の中で重い刑を言渡すことの可否である。

ドイツにおける判例⁶⁷⁾および従来を通説⁶⁸⁾は、消極的(威嚇)一般予防を副次的な刑罰目的として承認し、責任刑の枠内において最終刑を決定するにあたって考慮することを認めてきた。有名な判例としては、15年から無期という責任刑の幅の範囲内で、一般威嚇を考慮して上限の無期刑を量定することも許されるとしたBGHの1954年11月10日判決⁶⁹⁾のほか、「正しい贖罪という考え方と並

64) 幅の理論を支持する論者の中で、特別予防(とりわけ、再社会化ないし非社会化の回避)の観点がおよそ考慮されてはならないとする学説は皆無といえる(Vgl. Roxin 1977, S.469)。もっとも、自覚的に議論されてはいないものの、幅の中でいかなる内容の特別予防的考慮を、どのような手法によって行うべきかをめぐって、様々な問題があると思われる(それについては、第4章で分析を加える)。

65) ロクシンのように、責任刑の要求根拠を積極的一般予防目的に求める論者がそのように考えるのは当然であろう。もっとも、必ずしもそのような見解に立たない論者も、責任刑と積極的一般予防効果の原則的な結びつきを肯定している(Vgl. Jescheck / Weigend AT, S.881.; 阿部2001・6頁、井田1996・295頁。それに疑問を呈するのは、遠藤2005(3)・28頁)。

66) Vgl. Schäfer 2001, Rn.469. これに対して、積極的一般予防を理由とする刑の軽減、すなわち、特殊な事情(犯行後の長期間の経過、行為者による損害賠償、警察官の「わな」による犯行への誘引など)の存在により、行為相当刑を科すことが一般人の法感情からして不正義と感じられる例外的な場合には、幅の下限への(さらにはそれを下回る)下方修正が認められるべきではないかは議論されているが(Vgl. Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.30; Schäfer 2001, Rn.470ff.; B-D Meier 2001, S.182f.; ders. 2005, S.772.; 岡上1993(2)・61頁以下、同「地下鉄サリン事件に無期懲役が言い渡された事例」ジュリスト1157号・平成10年度重要判例解説〔1999〕151頁)、本稿では直接に取り上げない。

67) BGH 7, 28; BGH 17, 321; BGH 20, 264; BGH 28, 318; BGH JR 1969, 187; BGH GA 1976, 113; BGH GA 1986, 509; BGH NSTZ 1995, 77 usw.

んで……一般人の威嚇の必要性という観点を考慮することが許される。それゆえ……最近または当該裁判所の管轄地内で、犯罪行為が異常に増加していることを、刑罰加重的に考慮することが許される」と判示したBGHの1962年4月6日判決⁷⁰⁾などが挙げられる。もっとも、ドイツの判例理論は、威嚇のための刑の加重を、無限定に許容するものではない⁷¹⁾。上記判例にも示されているように、刑の加重は、責任刑の幅の範囲内でしか認められないというのみならず⁷²⁾、「有効かつ必要なものでなければならない」⁷³⁾とされる。すなわち、有効性の観点においては、たとえば葛藤状況下での犯行（Konflikttaten）や制限責任能力者の場合には加重はふさわしくない⁷⁴⁾。必要性については、犯行に模倣の危険があり⁷⁵⁾、または、同種もしくは類似の犯罪行為が、最近もしくは当該裁判所の管轄地内で、共同体を危殆化するほどに異常に頻発していることが、その前提条件とされるのである⁷⁶⁾。

68) Bruns 1985, S.98ff.; S / S-Stree 2001, Vor § 38ff., Rn.12ff., § 46, Rn.5; LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.30ff.; B-D Meier 2001, S.184; Dölling 2003, S.60. Vgl. auch Heribert Ostendorf, Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, ZRP 1976, S.284ff.

69) BGH 7, 28 [32]. もっとも、この判例が、限定責任能力者について無期懲役にまで及ぶ幅を認めたことについては、通説的見解においても批判的な見方が示されている（Vgl. Bruns 1985, S.107）。

70) BGH 17, 321 [324].

71) ドイツの判例理論について詳しくは、Bruns 1985, S.98f.; 岡上1994・11頁以下、28頁以下。また、判例を支持する学説でも、威嚇効果は発覚リスクと主観的に感じられる刑の重さに主に依存するから客観的刑量の加重による一般威嚇効果は過大評価できないとして、慎重な運用が主張されている（vgl. B-D Meier 2005, S.772）。

72) Schäfer 2001, Rn.466.

73) Schäfer 2001, Rn.467.

74) 葛藤状況下の犯行のケースとして、BGH JR 1969, 187.

75) z.B. BGH GA 1986, 509.

76) z.B. BGH 17, 321 [324]; BGH NStZ 1984, 409; BGH NStZ 1986, 358; BGH NStZ 1992, 275. 具体例としては、窃盗その他の犯罪目的での不法入国、列車内における襲撃、元日やカーニバル週間などの飲酒運転、偽装交通事故による保険金詐欺などが挙げられている。Vgl. S / S-Stree 2001, § 46, Rn.5.; Schäfer 2001, Rn.467.

わが国の実務家の論稿においては、犯情により定まる可罰性の度合いの幅の枠内で、「一般予防としての威嚇効果に強い配慮が加えられている場合もある」⁷⁷⁾と述べられているなど、容認論が一般的であり、従来は、加重要件についてとくに限定的に理解しようとする傾向はみられなかったといつてよい⁷⁸⁾。しかし最近では、たとえば、悪質な交通事犯というような具体的な行為類型にあたる犯罪が頻発している場合の、その同種行為という限定が働くということが述べられたり⁷⁹⁾、一般予防による加重は通常は1ランク程度のマイルドなものにとどまり、とくにこの観点を重視した量刑を求めるのであれば、「同種犯罪の多発性、流行性、伝播性、営利性等に関する具体的な立証」を求めるべきことが提案される⁸⁰⁾など、限定的な容認論が有力化している。また、原田國男は、「実務が威嚇予防のために刑を重くしているかと問われると、必ずしもはっきりしません。というのは、判決理由で威嚇予防のためと明確に書くことはしていない⁸¹⁾からです」、「確かに他人を威嚇するためにこの人の刑を重くするということが正しいかと言われると、これはなかなか難しく、相当な立証、正当性の論証があると思うものですから……刑事裁判は国民の処罰感情に比べざるをえないという言い方のほうがいいという印象を持っています」と述べており⁸²⁾、さらに抑制的ないし間接的である。

これに対して、最近のドイツの多数説は、一般予防を直接の目的とした刑の

77) 松本1982・162頁。

78) 批判として、岡上1994・60頁。

79) 座談会2004・70頁 [小林発言]。

80) 遠藤2005(3)・29頁。そこで念頭に置かれているのは、平成14年ころ、大阪府内において「ひったくり」が増加の一途を辿っていたところ、検察官がその種の事案において、府内で「ひったくり」がいかにも多発し、危険な結果を発生させているかに関する報告書を証拠として請求し、一般予防の必要性について立証していたという運用（遠藤2005(2)・43-44頁参照）である。

81) これに対して、遠藤2005(3)・28頁も参照。

82) 座談会2004・69、71頁 [原田発言]。もっとも、飲酒運転に対する処分強化にはかなり威嚇的效果があるとも述べている（同69頁）。

加重は、責任の幅の枠内であっても許されないとする⁸³⁾。その論拠には、①原理的(規範的)なもの、および②経験的なものがある⁸⁴⁾。原理的な論拠とは、一般威嚇のための刑を加重は行為者の「人格的手段化」につながるというカントのテーゼに遡るものである。すなわち、「一般威嚇という理由で実際に刑を加重している限りで、被告人は他者……に対する効果のための手段として取り扱われる。その限りで、被告人は実際、その者自身の外にある目的を達成するために『使われ』、『利用される』『物』と同じに扱われる。しかしそれはまさしく、基本法1条1項の……人間の尊厳の尊重が禁止していることである」⁸⁵⁾といった主張には根強いものがあり、最近でも、これを責任刑の枠内における威嚇予防の考慮を否定する論拠として援用する見解が少なくない⁸⁶⁾。経験的な論拠とは、加重の前提になる犯罪率の動向や、判決がどの程度一般人の行動に影響するかに関する正確な刑事学的知見がない以上、一般予防的量刑は経験科学的な

83) Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.29は、否定説が「支配的」であるとする。

84) そのほか、③ドイツ刑法46条に一般予防への言及がないことも挙げられるが(Roxin 1977, S.470; ミューラーディーツ1979・103頁など)、本稿はこの点には立ち入らない。また、④立法者が法定刑を定めるにあたってはその種の行為に対する一般予防の必要性を考慮に入れているのであって、それを量刑上も考慮するのは許されない二重評価にあたるという主張もある(Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1975, 20/67)。しかし、ドイツの威嚇予防容認論は、加重のためには、当該犯罪類型に一般的に備わっている威嚇の必要性では不十分であり、事例ごとの判断が必要であるとするのであるから、この批判はあたらない(Bruns 1985, S.103; Schäfer 2001, Rn.467; B-D Meier 2001, S.184。わが国では、川崎1991・164-165頁など)。

85) Günter Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, S.166。Vgl. auch Eberhard Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, 1954, S.9ff. (中川訳「刑罰目的と刑の量定の規定」佐伯〔千〕編『ドイツにおける刑法改正論』〔1962〕11頁以下); Vgl. Wolfgang Naucke, Generalprävention und Grundrechte der Person, in: Hassemer / Lüderssen / Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S.21ff.

86) M / G / Zipf, AT II, § 63, Rn.95。Vgl. auch Jakobs AT, 1/27, 50。わが国では、阿部1982・101頁、同2001・6頁、川崎1991・165頁(もっとも、同170頁も参照)、井田1996・295、299頁、同2001・37頁、神田・前掲注36「量刑と予防」23頁など。

基礎を欠くという主張である⁸⁷⁾。イエシエック＝ヴァイゲントが、「——責任原則に照らしてせいぜい可能な、それなりの——刑の加重が、確認しうる威嚇効果をもたらすということは、経験的研究からは十分には示されていない」⁸⁸⁾としているように、幅の理論を基調とする論者においても、上記経験的な論拠が援用されることは少なくない⁸⁹⁾。①と②は、大抵組み合わせられて主張されているが、最近では、どちらかといえば②にウエイトが置かれる傾向がある⁹⁰⁾。

なお、それに対して、一般予防認論から、(i)責任相当刑を上回るものでないかぎり人格の手段化という問題は生じない (z.B. Bruns 1985, S.99 ; S / S-Stree 2001, Vor § 38ff., Rn.12)、(ii)行為者自らがその犯行によって一般予防の必要性のある事態を生じさせているから道徳的にも正当である (S / S-Stree, 2001, Vor § 38ff., Rn.14) などと反論されるが、反対説からは、(i)責任刑の枠内にとどまっている場合ですら、量刑判断はこの観点が発慮されなかったであろう場合より重いものになり、それによって、責任を理由として要請される刑量が上回られていることに違いはない (Warda, aa.O. Anm. (85), S.166 ; Hart-Hönig 1992, S.50)、(ii)加重要件とされる「同種犯行の異常な頻発」は、行為者にとって「全く偶然的な事情」にすぎず、それについて行為者が責任を負わされるいわれはない (Hart-Hönig 1992, S.50) など再批判が加えられている。

87) Vgl. Winfried Hassemer, Generalprävention und Strafzumessung, in: Hassemer / Lüderssen / Naucke, aa.O. Anm. (85), S.48f.; Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, FS-Jescheck, 1985, S.1081ff.; Hart-Hönig 1992, S.47ff.; 岡上「ドイツにおける『法秩序の防衛』概念の展開について(5)」警察研究63巻3号(1992)44頁、同1994・46頁以下。

88) Jescheck / Weigend AT, S.882.

89) z.B. M / G / Zipf AT II, § 63, Rn.91ff.; NK-Streng 2005, § 46, Rn.43.; Schöch 2001, S.115, 119. さらに、Schäfer 2001, Rn.467は、量刑実務の手引書としての性格上、判例を中心に解説しているが、著者自身は、「実務は、刑事政策的な正当性への疑問にかんがみ、この量刑上の観点を断念すべきではないか」と述べている。わが国では、川崎1991・162-163頁(もともと、同170頁も参照)、井田1996・295, 299頁、同2001・37頁。

90) 岡上1994・55頁参照。さらに最近では、同種の犯罪行為が頻発している場合、犯行の重さ(行為責任)の評価そのものが高まるから、刑の加重はそれによって説明できるとするアプローチ(間接的容認論)が有力化している(座談会2004・70頁[井田発言]、遠藤2005(3)・28頁注244参照)。その先がけとなったケーラーなどの見解について、後掲本章第4節3(2)を参照。この問題については、第4章で検討を加える。

エ 幅の上回りおよび下回りの可否

次に、幅の理論を前提としながら、例外的に、予防的考慮によって責任刑の幅を上回る重い刑を科したり、逆にこれを下回る軽い刑にとどめたりすることが許されるだろうか。

まず、幅の上回りの可否についてであるが、これが許されないことについて、ドイツにおける幅の理論の支持者は一致している⁹¹⁾。上回りの禁止は、すでに前述のBGHの1954年判決に示されており⁹²⁾、その後の判例でも繰り返し確認されている⁹³⁾。その論拠としては、責任刑の上回りは、①違憲でありうること⁹⁴⁾、②(違憲とまでいえるか否かは別として⁹⁵⁾)「国家の刑罰による介入に対し、罪責の程度によって一定の限界を設定するという機能をもつ責任主義の自由主義的

91) Bruns 1985, S.105 ; Roxin 1977, S.128 ; S / S-Stree 2001, Vor § 38ff, Rn.3ff.13, 17, § 46, Rn.5 ; Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.24 ; M / Zipf AT I, § 7, Rn.27 ; NK-Streng 2005, § 46, Rn.49 ; Müller-Dietz 1992, S.427 ; LK-Gribbohm, § 46, Rn.29 ; Schäfer 2001, Rn.453 ; Jescheck / Weigend AT, S.879 ; Weigend 2004, S.192 ; B-D Meier 2005, S.770 ; MK-Franke 2003, § 46, Rn.7. Vgl. auch Herbert Tröndle / Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53.Aufl., 2006, § 46, Rn.19.

92) BGH 7,28 [32]. もっとも、1954年判決は、限定責任能力者による謀殺の事案において、法定刑の上限である無期の重懲役という量刑を、なお責任の幅のなかにあるとして是認したものであり、責任刑の上回り禁止は名目上のものにすぎないのではないかが疑われている(批判として、浅田・前掲注16『刑事責任能力の研究 上巻』203頁以下、本庄1998(1)・102頁など)。判例理論に好意的なブルンスですら、幅を20年から30年、10年から15年といった広いものと解することには批判的であり、本判例の事案に則して幅の理論を評価することはできないと述べている(Bruns 1985, S.107)。

93) BGH 20, 264 [267]. Vgl. auch BGH 24, 132 ; BGH 28, 318.

94) ドイツ連邦憲法裁判所は、「基本法1条1項および2条1項ならびに法治国家原理に由来する責任原則によれば、構成要件と法効果は……相互に適切に調和しなければならない。それゆえ、あらゆる刑は、犯罪行為の重大性および行為者の有責性と相当な関係になければならない。すなわち、科される刑は行為者の責任を上回ってはならない」(BverfGE 54, 100 [108])と判示するなど、憲法上の原則である責任主義(指導的判例として、BverfGE 20, 323 [331])が責任刑の上回りを禁止するものであることを、繰り返し確認している(BverfGE 25, 269 [285f.] ; 45, 187 [259] ; 50, 5 [12] ; 86, 288 [313] usw.)。

95) Vgl. Roxin AT I, § 3, Rn.52.

保護目的」⁹⁶⁾からして許されないこと、③中心的な刑罰目的の実現を阻害しうること⁹⁷⁾。④ドイツ刑法における(刑と処分の)二元主義からして不要であること⁹⁸⁾が挙げられている。わが国においても、幅の理論を支持する論者は、上記のいくつかの論拠(とくに②)により、責任刑の上回りを否定するのが一般的である⁹⁹⁾。ただ、井田良は、「日本には保安処分(ないし刑事治療処分)の制度が存在しない……ことから、責任主義による拘束をある程度ゆるめても、刑罰に一定の特別予防機能を期待する現実的必要性がある」ことを理由に、「特別予防の必要性が極めて明らかに認められる例外的な場合(たとえば、アルコールや薬物による心神経の状態で犯罪を行った中毒者や、常習累犯者等)」には、いわゆる比例原則の制約の下で、責任刑の幅の上回りを認めるべきであるとする異説を唱えている¹⁰⁰⁾。

次に、責任刑の幅の下限を、特別予防的な考慮に基づいて下回ることができ

96) Roxin 1977, S.472. Vgl. auch ders. AT I, § 3, Rn.53; Erhard 1992, S.98ff., 312.; 阿部 1982・97頁。松尾浩也「刑の量定」宮澤ほか編『刑事政策講座 第1巻 総論』(1971) 349頁も参照。

97) たとえば、積極的一般予防論の立場から、「刑の上限を責任に応じた期間に制限することは、一般人の感情にも合致し、またその限りで予防的にも有意義である。つまり一般人の法意識の安定化のために重要である正義感情は、誰もがこの感情を向けられるにふさわしいものよりも厳しく処罰されることがあってはならないことを要求し、その『ふさわしいもの』とは、責任に相応する刑しかない」(Roxin AT I, § 3, Rn.53)、「責任清算刑の限定機能は、刑法の一般予防的な規範強化機能と完全に一致する」(Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2.Aufl., 2002, Rn.30. Vgl. auch Rn.438)などと述べられている。前述のBGH 20, 264 [267]も、「劣位する刑罰目的が、そのような行き過ぎ〔=幅の上回り〕を正当化することはありえない」とする。

98) Roxin 1977, 472. Vgl. auch B-D Meier 2001, S.187.

99) 阿部2001・7頁、金澤1988・205頁、川崎1991・157、176頁、岡田2002・482頁、座談会2004・73-74頁〔原田発言〕など。

100) 井田1996・299-300頁(同2001・37-38頁、同2005・223頁も同旨)。所1994・99-100頁、座談会2004・73-74頁〔小林発言〕も参照。批判として、本庄1998(1)・89頁、同2002(1)・197-198頁、土井政和「犯罪論・刑罰論と量刑のあり方」季刊刑事弁護30号(2002) 26頁、浅田2005・38-39頁注25など。この問題についても、第4章で検討を加える。

るかについては、対立がみられたところである。ドイツの判例は、これを否定する。BGHの1970年10月27日判決¹⁰¹⁾は、原審における量刑が、保安監置を同時に命じたことを考慮したために、犯行の責任に比して軽すぎるものになっているという検察官の上告を容れて、「刑は、その正しい責任の清算という使命から、内容的に上に向かっても、下に向かっても解放されてはならない。……処分の命令は、量刑に際し、責任相当刑を下回るという意味に置いても考慮されてはならない」と明確に述べており、その後の判例も、少なくとも予防を理由とした責任刑の下回りを認めていない¹⁰²⁾。学説でも、ブルンスに代表される伝統的見解は、下回りの絶対的禁止を支持してきた¹⁰³⁾。論拠としては、「正しい責任清算としての刑罰の意義と……相容れない」¹⁰⁴⁾、責任を下回る「刑罰は正義感覚と矛盾し、同時に社会目的を欠く」¹⁰⁵⁾という考慮のほか、執行猶予などの、責任刑の下回りを認める法律上の諸制度の存在にかんがみて、「法定されていない責任の下回りの刑事政策的な必要性は、はっきり否定されなければならない」¹⁰⁶⁾という指摘もなされている。これに対して、近時は、責任の絶対

101) BGH 24, 132 [134].

102) Vgl. BGH 29, 319. 例外的に責任相当刑の下回りを認めた判例として注目を集めたBGH NStZ 1986, 162は、警察による違法なおとり捜査があった事案に関するものであって、予防的考慮に基づく下回りを正面から認めたものではない。

103) 幅の理論に立つて、責任刑の下回りを否定するのは、Bruns 1985 S.91f., 96 ; ders, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988, S.36ff. ; LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.11f., 29 ; Jescheck / Weigend AT, S.25, 879f. ; ミューラー＝ディーツ1979・102頁など。わが国では、阿部1982・98頁、川崎1991・176頁、神田・前掲注36「量刑と予防」23頁など。

104) LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.14.

105) Jescheck / Weigend AT, S.880. そこでは、「まったく不相当といえる刑を科すことに比べれば、それ [=行為者を社会から疎外し、再犯の蓋然性を高めること] は小さな害だ」と述べられている。

106) Bruns 1985, S.96. わが国では、阿部1982・98頁など。これは、広義の量刑に関する諸規定を、責任刑の下回りを法定したものとするを前提とした理解であるが(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頁参照)、それには異論がないわけではない(本庄2002(1)・206頁注84)。

的な下限拘束性にこだわる必要はないとする見解が一般化している¹⁰⁷⁾。ここでも、ロクシンの主張が大きな影響力を持った。彼によれば、責任の下回りは、「責任主義の保護機能を害することなく実現しうる」から、「原理的考察によってはじめから妨げられるということはない」。その可否は、刑法理論や法律の全体構想から検討すべきものであるが、ドイツ刑法47条（短期自由刑の原則回避）、56条（執行猶予）などの「規定を総合すると、立法者は、責任刑が……社会化のためにマイナスに作用すると思われるときには、特別予防を理由として、責任に相当する刑の下回りを命じ、または許している」。「立法者が、短期の自由刑の場合に、巧みな〔罰金刑への〕変換および執行猶予の規定を用いて回避しようとしたものを、比較的長期の場合には平然と甘受しようとしているとは考えられない」というわけである¹⁰⁸⁾。

オ 予防的考慮の出発点

さらに最近では、責任刑の幅のなかで、予防的考慮によって刑を加重または軽減するという場合に、幅のどこを原則ないし出発点とするのかという問題も議論されている。伝統的には、このような問題が自覚されることはなく、漠然と、幅の真ん中あたりから出発して、予防の必要性が高ければ幅の上方の、低ければ幅の下方の刑が科されるというイメージで考えられてきたといえよう。そのような理解によれば、予防的考慮に関係する事情がまったく不明であるなどの理由で、犯行の重大性（責任の重さ）だけの考慮によって量刑をしなければ

107) Roxin 1977, S.473ff. ; S / S-Stree 2001, Vor § 38ff, Rn.18a. ; Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.24 ; Schäfer 2001, Rn.460 ; B-D Meier 2001, S.147 ; ders. 2005, S.770.

108) Roxin 1977, S.473ff. わが国では、井田が、「広範に起訴猶予を認めながら、量刑において法的安定性と平等を強調〔して責任刑の下回りを否定〕するのは矛盾でさえある」として、施設収容のマイナス効果を考慮した幅の下回りが、場合によっては許されるとする立場をとっている（井田1996・301頁、同2001・38頁。なお、金澤1988・206頁も参照）。もっとも、この対立が実は表面的なものであり、より実質的な観点から捉えなおす必要があることについては、第4章で詳論する。

ならない場合には、幅の真ん中あたりの刑がそのまま科されることになる（中心からのアプローチ）。これに対して、最近では、異なる見解が自覚的に主張されている。たとえばロクシンは、「2年から3年の自由刑が〔責任〕相当であり、2年の自由刑でも3年の自由刑でも予防の観点からすれば等価的である場合…2年を超える刑を科すことは許されないだろう。なぜなら、より長期の刑がより短期の刑に較べて大きな利益をもたらさないとすれば、長期の刑は——過多禁止の見地からしてすでに——科されてはならないからである。責任清算の要請は、すでに2年の自由刑が科されることによって満たされる」¹⁰⁹⁾

と述べている。フランツ・シュトレングも、一般予防と特別予防の観点においては重い刑の必要性は原則として認められず、むしろ自由刑の有害な作用を回避することが優先されるべきこと、および比例原則（Verhältnismäßigkeitssprinzip）からすれば、量刑の出発点ないし原則は、責任刑の幅の下限であるべきことを強調している（下限からのアプローチ）¹¹⁰⁾。

109) Roxin 1978, S.191f. なお、Zipf, aa.O. Anm. (18), S.75は、「行為者がいかなる観点でも予防を必要としないがゆえに……刑罰目的が追求される必要がない」場合には、過多禁止から責任枠の下限の刑を科すべきであるとしており、ブルンスもそれを支持している（Bruns 1985, S.108）。もっとも、これが本文の意味での下限からのアプローチ（＝予防を「考えない」場合に下限を科す）を意図としているのか、真ん中からのアプローチを前提に、予防の必要性が「低い」から下限まで軽減できると言っているにすぎないのかは、明らかでない。

110) NK-Streng 2005, § 46, Rn.34, 39, 102. シュトレングはそれを「非対称の幅の理論」と称している。詳しくは、Streng, Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“, FS-Müller-Dietz, 2001, S.893ff. そのほかに、下限を原則とするアプローチに好意的な見解として、B-D Meier 2001, S.186, 203; Dölling 2003, S.60.

私見によれば、この議論の背景には、責任刑の幅の内部にある複数の刑に、犯行均衡性（責任相当性）のレベルの差がありうるのか、すなわち、幅の内部の刑はどれも等しく相当であり、その相当性の程度に差がないと考えるのか（均等モデル）、それとも、「責任相当刑の領域が曲線を形成し、その頂点が正確な責任相当刑によって示される」と考えるのか（曲線モデル）という問題がかかわっている（均等モデルに好意的なのは、Neumann, aa.O. Anm. (58), S.442f.; 本庄・1998(1)85頁以下。遠藤2005(3)・28頁も参照。曲線モデルにしたがって幅の理論を理解するのは、高山1999・119頁）。前者すなわち「均等モデル」によるな

2 責任刑を基礎として、上下の修正を許容する見解

幅の理論には、ある特定の犯行に対応する責任相当刑は唯一のものであり、人間の認識能力の不足から、それを明確に特定できないだけであるという、「点の理論（Punktstrafetheorie）」が対置されてきた¹¹¹⁾。この理論を前提としつつ、責任刑法である以上、責任刑の上回りも下回りも許されないという厳格な立場をとれば、量刑において、予防的観点の考慮はおよそ不可能であるということになる¹¹²⁾。しかし、そのような考え方は、1950年代から1970年代前半における特別予防（社会復帰）思想の隆盛からすれば、受け入れられにくいものであった。そこで、点の理論に近い理解からも、予防目的の考慮を可能とする現実的な理論構成が——ドイツの刑法改正作業の過程においてすでにあらわれていたが¹¹³⁾——エドゥアルト・ドレーアーによって推進された¹¹⁴⁾。彼は、裁判官が

らば、「下限からのアプローチ」が明らかに説得的である。刑罰は、それ自体としては害悪なのであるから、幅の真ん中も、下限も、犯行均衡性（責任相当性）のレベルにおいて差がないのであれば、迷うことなく、下限を原則ないし出発点として、特別予防の必要性が認められる限りで上げていくということになる。これに対して、後者すなわち「曲線モデル」による場合、幅の真ん中あたりの刑が、犯行均衡性（責任相当性）からして最もふさわしい刑ということになる以上、下限が原則になるとは当然にはいえない。そこではさらに、犯行均衡原理（責任相当性の原則）にいかなる意義があるのかということが問題とされよう（それについて、後掲第3章参照）。すなわち、量刑における犯行均衡原理に積極的な意義（中心的な刑罰目的との関連性）を見出す理解によれば、幅の枠内での量刑は、犯行均衡性（の最大化）による中心的な刑罰目的の追求と、犯行均衡性（の中心）から離れることによる副次的な目的の追求の緊張関係において語られることになり、「中心からのアプローチ」が自然である。それに対して、責任相当性の原則には不均衡な刑を排除する消極的な意義しかないと考えるならば、幅の中心から離れることによる責任相当性レベルの低下を問題にする必要はない。したがって、「均等モデル」の場合と同様、「下限からのアプローチ」が帰結されることになるだろう。

111) Vgl. Wilhelm Gallas, Kriminalpolitik und strafrechtssystematik, S.12f.; ders., Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80, 1968, S.5ff.; Ernst Heintz, Der Entwurf des Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuchs vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70, 1958, S.5.; Kaufmann 1976, S.66, 261.

112) 阿部2001・8頁参照。

「自らの見解にしたがい、法共同体において責任相当である唯一の特定した刑を、明らかにしなければならぬ」¹¹⁵⁾という「社会的形成活動の理論」¹¹⁶⁾を主張しつつ、責任刑と予防的考慮の関係について次のように述べる。「幅の理論は、具体的な犯行について固定的な特定の刑の大きさが客観的に存在しないという点では適切である…が、しかし拒絶されなければならない。なぜなら…責任相当刑の固定的な限界量もまた存在しない¹¹⁷⁾からである」。「裁判官は……法秩序の価値尺度についての自らの確信にしたがって、責任相当である刑を決定しなければならない」が、「責任は〔ドイツ刑法46条〕1項1文によれば量刑の基礎にすぎないのであるから、行為者への効果を理由とした逸脱は、刑が中核においてなお責任刑にとどまっている限りで、上方にも下方にも、許されるとみななければならない」。「上回りには、たしかに慎重さが要求されるが……

113) Vgl. Hartmuth Horstkotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§ 13–16, 60 StGB), JZ 1970, S.123f.

114) Dreher, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, S.43ff.; ders. 1977, § 46, Rn.9ff. プルンスも、かつてはその考え方に好意的であった。Vgl. Bruns, a.a.O. Anm. (23), S.270, 286.

115) Dreher, a.a.O. Anm. (114), S.45f.

116) ドレーアーは、具体的な犯行についての責任刑が客観的に存在し、それが裁判官によって「発見」されるという意味での従来の点の理論を「フィクション」として批判し (Dreher 1977, § 46, Rn.10ff)、責任刑は裁判官の「評価」活動によって形成されるものであることを強調する (賛成、Heinrich Henkel, Die „richtige“ Strafe, 1969, S.32f.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts A.T., 4.Aufl., S.786.; 吉田敏雄『刑法理論の基礎』〔2005〕124頁)。しかし、責任刑が現行法の価値基準に関する裁判官の評価によって定められるということ自体は、多くの論者にとって当然のことである (Vgl. Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.26; M / G / Zipf, AT II, § 63, Rn.15)。それゆえ、この見解に対しては、独自の基準を欠いており、せいぜい他の理論を補完するものでしかないという評価がなされている (NK-Streng 2005, § 46, Rn.112)。

117) ドレーアーはこの批判にこだわり (同旨、Henkel, a.a.O. Anm. (116), S.32; Albrecht 1994, S.38f.; Köhler AT, S.601. わが国では、大谷・前掲注16『人格責任論の研究』320頁、岡上1993(1)・94頁、鈴木茂嗣「犯罪論と量刑論」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』〔2005〕10頁、浅田2005・32頁など)、また幅の理論を真剣に受け入れるならば、幅

基本法1条1項から憲法的な不許容性を導き出すことは不可能である¹¹⁸⁾。

もっとも、このような見解は、実質的に幅の理論と異なるものではないという評価が一般的である¹¹⁹⁾。「責任に見合った、点としての刑量を離れることが許される範囲は、通常、幅の理論の幅と同じであろう¹²⁰⁾というわけである。量刑において犯行の重大性(責任の重さ)のみならず、独立的な予防目的にも考慮の余地を認めるというのであれば、その理論構成として、幅の理論をとるか、点の理論をとってそこからの逸脱を認めるのかという違いにこだわるのは、あまり生産的ではないであろう。

3 責任刑を基礎として、下方修正のみ許容する見解

上述の2つの見解は、量刑の第1次的な方向づけを犯行の重大性(責任の重

の上限および下限が判決理由で明示されなければならないだろうとも主張した(Dreher, a.a.O. Anm. (114), S.45. 同旨、Albrecht 1994, S.40; Hörnle 1999, S.28)。これに対し、幅の理論の支持者からは、「正確に固定された責任枠の〔上下の〕限界という観念は……責任均衡性の機能に合致しない。……というのは、それは……少なくとも一定の限界内で揺れ動く国民意識における価値観念を考慮しなければならないからである」といった反論がなされている(Zipf, a.a.O. Anm. (18), S.70. Vgl. auch Spendel, a.a.O. Anm. (19), S.184; Bruns 1985, S.108; M / Zipf AT I, § 7, Rn.25; Neumann, a.a.O. Anm. (58), S.441f.; 阿部・前掲注32「刑の量定の基準について(下)」59頁)。

118) Dreher 1977, § 46, Rn.12. わが国でこのような方向性として、改正刑法準備草案理由書126頁〔中野〕、中野・総論10、228頁、座談会2004・73-74頁〔小林発言〕(責任刑が幅だとしつつ、その上下への逸脱を認める)、吉田・前掲注116「刑法理論の基礎」124頁。さらに、原田「新潟女性監禁事件について」現代刑事法68号(2004)53頁は、予防は責任を超えることができるという考え方が「裁判実務には受け入れやすい見解ともいえる」とする。

119) Bruns 1985, S.107; S / S-Stree 2001, Vor § 38ff., Rn.10; Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.26; M / Zipf AT I, § 7, Rn.27; Schöch 2001, S.119; Dölling 2003, S.57. ただし、厳密に言えば、責任中核説が一致するのは、幅の理論のなかでも、前述の「中心からのアプローチ」である。「下限からのアプローチ」によれば、幅の下限から予防の必要性に応じて刑を加重していくことになるから、責任刑からの「上下への逸脱」を認めるドレーアーの理解とは離れることになる。

120) Roxin 1978, S.184.

さ)に求めつつ、一定の範囲内では、特別予防の必要性を加重的にも考慮できる、すなわち行為者の再社会化(ないし保安)の必要性が高いことを根拠として、刑の引き上げることができるとするものであった。しかし、犯行の重大性に応じた刑(責任刑)を出発点ないし原則としつつ、予防的考慮による修正は軽減方向でのみ行いうるとする見解も存在してきた¹²¹⁾。

ドイツにおける1960年代の刑法改正論争では、ヴィルヘルム・ガラスが、点の理論を前提に¹²²⁾、下方修正のみを問題とする見解を、次のように主張していた。「責任相当刑が、それ自体においてすでにというわけではなく、それに期待される予防効果においてはじめて……正当とされるという認識は……固い応報思想を相対化する」。「考えられるのは、刑事政策的目的考慮から、完全な責任量をすべて使うことをそもそも断念することである。……社会には、法益保護というどうしても必要な理由がそれを要請しない場合には、〔犯行の重さに照らした〕ふさわしさ(Verdienst)に応じた行為者の取扱いが、その者の非社会化のおそれという犠牲を伴わないように注意する権限および責務がある」。「特別予防的に有害な帰結を回避するために……ふさわしさに応じた刑が部分的に断念される」¹²³⁾。

最近のドイツでは、そもそも幅の理論が支配的であるということもあり、責任刑を基礎としながら、予防的考慮による軽減のみを問題にする見解はなかなか見当たらない。しかしわが国では、この方向性はかなり有力である。たとえ

121) 上方修正のみを問題とする見解もないわけではない。植松正「量刑の基準」時の法令352号(1960)25頁は、「社会防衛の必要……から、『もう少し長く監獄に入っておれ』というなら……筋は立つ」から、「責任に応じた刑……に、犯人の改善や社会の防衛の必要から、若干の増量が許される」が、逆に「応報のために相当とされる量が改善に必要な量を越えるとき」に「減量すること……は許されない。悪い者には制裁を加えるべきだ」という社会正義の要求があるからである」と述べていた。

122) 前掲注111に挙げたガラスの論稿を参照。

123) Gallas, a.a.O. Anm. (111), ZStW 80, S.4. Vgl. auch ders., in : Dreher, Die erste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, ZStW 66, 1954, S.574f.

ば西原春夫は、「刑罰は、責任が生じた場合原則として……発動する条件を獲得する」が、「刑事政策的要請があった場合……刑を科すことをやめたり（起訴猶予や執行猶予）、あるいは責任の程度を下回る刑を科すこともできるという理解を前提に¹²⁴⁾、次のように述べている。「先行するのは、責任に応じた刑の量定である」が、「続いてなすべきは、刑事政策的観点よりする量定であって、とくに当該被告人に対する刑の機能に着目する」。ただし、「刑の量は責任の程度を越えないというのが責任主義の建前であるから、刑事政策的観点からする量定は、つねに刑を軽くする方向のものに限定しなければならない¹²⁵⁾。これは論者自身によって、「責任には幅が少く、その責任の限度内で刑事政策的考慮を働かすべきである立場¹²⁶⁾と説明されている¹²⁷⁾。最近の学説では、岡上雅美が、「責任刑は一点に決まるという理由から、幅の理論は採用すべきではない¹²⁸⁾としつつ、「特定量の『(可罰的)責任刑¹²⁹⁾を科すことが被告人自身に有害か否かを判断する余地は……残しておくべきで」あるから、「この限度で、『責任刑』の要求が、行為者の再社会化要求のために後退する可能性が残され……このような考慮が『責任刑』を修正し、最終的な刑罰を決定する¹³⁰⁾

124) 西原・総論下485頁。

125) 西原・総論下505-506頁。これに対し、原田2004・7頁は、「責任主義の要請がそこまで及ぶといえるのか議論のあるところであろう」とする。

126) 西原・総論下506頁。

127) 大谷實も、「同一の犯罪について、2つの正義にかなう刑罰はありえない」（同『刑事政策講義』〔1996〕141頁）などとして幅の理論を拒絶しつつ、「刑罰の目的は責任を限度として追求すべき」、量刑は「行為責任を目安としつつ、一般予防および特別予防を考慮して」行うとしている（同・総論551頁）。これらの論述を整合的に理解すれば、点の責任刑を出発点として、一般予防・特別予防による下方修正を認めるアプローチということになるであろう。

128) 岡上1993(1)・107-108頁。

129) 岡上の見解における「(可罰的)責任刑」は、①犯行に対する規範的責任に応じた刑（本来的責任刑）が、②要罰性の考慮によって軽減されたものを意味しており、通説的な行為責任刑とは内容を異にする。

130) 岡上1993(2)・62-67頁。

と述べている¹³¹⁾。また量刑を直接のテーマとしたものではないが、伊東研祐の見解も注目される。それによれば、中止、自首、示談、改悛といった「行為後の事情をも含めた……量刑判断を指導・指称する範疇ないし観念を新たに定立する必要」があり、「規範適合的（ないしは規範非敵対的）生活態度への復帰徴表を考慮・評価する……積極的特別予防上の必要性の判断」を、有責性判断に続く第4の体系カテゴリーに位置づけるべきであるとされる。そして、「犯罪論……が、犯罪者に対して過去に行った行為を理由に刑罰を科し得るか否かを判断しようとするものであり、その段階までで……科し得る刑罰の種類と量的限界が既に確定されている」以上、第4カテゴリーに属する事情は、被告人に有利にのみ作用するというのである¹³²⁾。論者自身の関心は、従来の犯罪論の3カテゴリーで肯定された刑罰の根拠づけが、「積極的特別予防上の観点からして……翻って正統性を否定されること」により、「刑の減輕・免除だけではなく、無罪（……烙印付けも不相当という意味で、犯罪不成立）の判断も為され得る」ということの、理論的基礎づけにある¹³³⁾。ただこれを量刑基準論にひきつけて考えれば、違法と責任によって把握される犯行の重大性に応じた刑（責任刑）を基本に、特別予防的考慮に応じた下方修正のみを問題とする方向性に属

131) なお、岡上は、1993年の論文ではいわゆる積極的一般予防論を支持していたが（岡上1993(2)・62頁以下）、最近、「法秩序の妥当性の回復」を刑罰の正当化根拠とする「正しく理解された応報刑論」へと改説した（岡上2006・198頁以下）。ただし、「点の責任刑とその下方修正」という量刑基準の枠組みは、なお維持しているものと思われる。

132) 伊東1996・272-276頁。

133) 伊東1996・276-278頁。なお、特別予防の必要性を、量刑における下方修正の要素とするにとどまらず、「第4の犯罪構成要素」と位置づけることは望ましくないと考える。なぜなら、①きわめて重大な犯行（殺人など）については、仮に特別予防の必要性が全くないとしても、処罰を放棄できないように思われるし（これに対して、川端博ほか『徹底討論刑法理論の展望』[2000] 245頁 [伊東発言] は、無罪でよいとする）、②——論者自身が認めているように——「犯罪行為後の行為者の行為に依存する事情が、当該犯罪行為の構成要素であるというのは直観的にも奇妙」（伊東1996・277頁。浅田2005・29頁も参照）だからである。

するものといえよう。さらに、行刑思想との関連づけを重視するアプローチとして、土井政和の見解がある。彼は、「責任刑とその軽減事由による修正」という基本的な枠組みに賛成しつつ、行刑思想の最近の国際的動向からすれば、軽減事由の内実は、「受刑者の釈放後の生活再建に向けた援助」として捉え直されるべきであり、再犯防止の意味での特別予防効果はその反射的效果にすぎないと主張する。そして、そのカテゴリーでは、「生活苦や被虐待体験など行為者が行為前から抱えていた人的・環境的負因とその克服、有罪判決や刑の執行によって受けるであろう弊害の除去・克服、行為後の行為者の積極的な被害回復行動……等の事情が考慮され……『再犯の可能性』『更生の意欲』『悔悟・反省』といった抽象的な文言ではなく、社会復帰に向けての具体的なプロセスが問われる」とするのである¹³⁴⁾。論者の関心は、「責任と予防」に代えて、「責任と社会復帰援助」という枠組みで議論しようとするにあるものの、広い意味では、上記の方向性に位置づけることが許されるであろう。

ここで取り上げた下方修正のみを問題とする方向性は、通説的な幅の理論とは、単に説明の仕方のみならず、その実質的内容においても、異なったものである。いずれをもって妥当とするかは、いうまでもなく、犯行の重大性（責任の重さ）に最もふさわしい刑を出発点として考える場合に、一定の範囲内においてであれば、予防的考慮による「上積み」を認めるということが可能であるのかの判断に依存している。その判断のためには、量刑における犯行の重大性に応じた刑（責任刑）と予防的考慮の内実について、最近の諸見解の行っている議論をも参照しながら、さらに立ち入った検討を加えることが求められるであろう¹³⁵⁾。

134) 土井・前掲注100「犯罪論・刑罰論と量刑のあり方」27-28頁。Lackner / Kühl 2004, § 46, Rn.5も、行刑における社会治療が、社会の保護というよりも、社会の犯罪者との共同責任や連帯義務（自助の手助け）に基づくものと考えているのであれば、それは予防思想からの離反を意味し、行刑ではいまやそのような考え方が支配的であると指摘している。

135) 後掲本章第4節において最近の諸見解を紹介し、さらに第4章で立ち入った検討を行う。

第3節 責任刑を単なる上限として、予防の必要性に応じて量刑を行う見解

責任刑を基礎として、予防的考慮に基づいた下方修正のみを問題とする見解と似て非なるアプローチが、責任刑を「単なる上限」として、それを上回らない限りで、予防の必要性に応じて最終刑を決する見解である。それは、ドイツにおける1960年代の刑法改正論争の過程で、責任応報思想による刑罰の根拠づけられないし正当化の拒絶と、特別予防（社会復帰）思想への傾倒を背景として展開されたものであるが、わが国では、「消極的責任主義」のスローガンの下で有力化し、ドイツにおいてそのような主張がもはや見られなくなった現在でも、なおその方向性を支持する学説が少なくない。その内容および実践的・理論的な問題点については、旧稿で詳論したので繰り返さない¹³⁶⁾。ここで指摘しておきたいのは、責任刑を「単なる上限」とするアプローチと、責任刑を「基礎」としつつ下方修正を認めるアプローチは、説明の仕方のみならずその実質においても異なるものであるということである。責任刑を単なる上限とするアプローチによれば、犯行の重大性（責任の重さ）は、それ自体としては刑罰を「要求」するものではなく、過度の予防目的の追求に対して、刑量の「上限」を画する役割のみを担う。そのような理解に忠実に考える場合、量刑判断は、「予

136) 小池・前掲注1「量刑における消極的責任主義の再構成」240頁以下、314頁以下。さらに、岡上2006・200頁も参照。

なお、予防を第1次的な基準とした量刑（「点の予防刑」の量定）は困難であるという批判に対して、責任刑の量定も同じように困難であるという反論がありうる（本庄2002(1)・205頁参照）。しかし、責任刑の量定が予防刑のそれと比べて容易であることは、大方の感覚に合致するであろう。理論的には、両者は、その最終的な拠り所が「人の価値判断」にあるのか否かという点に差異があり、そのことが、困難さの質的相違につながっている。予防的に最適な量刑は、人の価値判断を介さず科学的に「決まっている」ものであるがゆえに、裁判官の目標はそれを「発見する」ことである。それゆえ、技術的手法の欠陥は、端的に「誤り」を意味する。それに対して、犯行均衡刑の基準となる違法・責任の評価は、最終的には人（の作った法秩序）の評価に依存する。したがって、その判断はたしかに困難であるものの、最終的には、法解釈・適用の権限を持つ裁判所が職責として「決める」ことによって解決可能なのである。

防的考慮から刑を決定し、これが責任相当を超える場合には責任相当刑を宣告する¹³⁷⁾、言い換えれば、予防の必要性に応じた刑と、犯行の重大性(責任の重さ)に応じた刑を別々に量定し、原則的には前者(予防に最適な刑)がそのまま最終刑となるが、それが後者(上限としての責任刑)を上回る例外的な場合には、そこで頭打ちとなる——要するに、予防刑と責任刑の軽いほうが最終刑となる——ということになるだろう¹³⁸⁾。それに対して、責任刑を基礎としながら下方修正を認めるアプローチによる場合、あくまでも、犯行の重大性に応じた刑(責任刑)が出発点であり、原則である。特別予防的考慮による刑の軽減も、責任刑を科す要請との緊張関係の中で行われることになるから、責任刑の下方で量刑が行われる場合であっても、予防に最適な刑が最終刑になるとは限らないのである¹³⁹⁾。諸見解の中には、両説をほとんど同一視していると解されるものも少なくないように思われるが¹⁴⁰⁾、上述のような判断構造の差異を看過してはならない¹⁴¹⁾。

137) 前述の伊東=小島アンケート57頁の、量刑判断過程における責任と予防の取り入れ方に関する質問に対する回答の一選択肢である。ちなみに、この回答を選択したのは、回答者42名中0名であった。

138) 比較的明快な定式化として、城下1995・116-117頁、同「求刑・量刑をめぐる理論的課題」季刊刑事弁護1号(1995)97頁、本庄2002(3)・186頁以下。

139) 岡上「原著者コメント」法律時報64巻9号(1992)86頁、同1993(2)・66、73頁参照。責任刑を特別予防的考慮によって一部断念することを認めるガラスも、代案59条の量刑基準を強く批判していた(Gallas, a.a.O. Anm. (111), ZStW 80, S.2ff.)。ラックナーも、責任刑を予防目的によって修正することと、積極的に予防に応えることは原理的に異なると述べていた(Lackner, § 13 StGB—eine Fehlleistung des Gesetzgebers?, FS-Gallas, 1973, S.134.)。

140) たとえば、三宅孝之「自由刑と量刑」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』(2005)102頁(注10も参照)。さらに、浅田・総論271、497頁、同2005・36頁以下、同1999・412頁以下。同「責任」中ほか編『刑法1総論』(1984)185頁以下をも参照。

141) なお、佐伯千仞やロクシンなどの影響で、責任を、犯行に対する回顧的非難を意味する「規範的責任」と、予防など政策的考慮に関係する「可罰的責任」に二元化する見解が有力である(佐伯千仞『4訂刑法講義(総論)』[1981]232頁、内藤・総論下I・763頁、鈴木(茂)『刑法総論〔犯罪論〕』[2001]32頁以下、84頁以下、同・前掲注117「犯罪論と量刑論」6頁以下、山中・総論II 556-557頁、浅田・総論271頁以下、同1999・354頁、岡上1993

第4節 刑量の決定における予防的考慮を否定する見解

1 位置価説

(1) 総説

以上に紹介してきた量刑理論は、様々な対立を示しつつも、刑の重さの決定において、犯行の重大性（責任の重さ）のみならず、少なくとも特別予防の観点をも考慮しうるとする点では一致していた。量刑において責任と予防が同時に考慮されることを認めるからこそ、その二律背反（アンチノミー）が問題となったのである。しかし、近時のドイツの量刑論では、責任と予防の同時的作用を否定することで、アンチノミー問題の存在そのものを否定してしまうような見解が、再び有力化している。

ドイツにおいて、1960年代末の刑法改正による（現行）46条の制定と前後して、ハインリヒ・ヘンケルによって、通説的な幅の理論（ないしそれに準じる見解）に対抗する形で提唱され、エックハルト・ホルンやハインツ・シェヒによって展開されたのが、「位置価説（Stellenwerttheorie）」と呼ばれる見解である¹⁴²⁾。それは、狭義の量刑、すなわち刑量の決定¹⁴³⁾は専ら責任（犯行の重大性）に応

(2)・64頁以下など。規範的な「責任」判断に続く体系カテゴリーとして「可罰性」を設ける見解として、中野・総論56頁以下、板倉宏『刑法総論』〔2004〕63頁以下、高橋『刑法における損害回復の思想』〔1997〕20頁。伊東1996・276頁以下は前述のように、積極的特別予防上の処罰の必要性を第4の犯罪構成要素とする。可罰的責任論ないし可罰性論に対する批判として、曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島＝田中編『法学の根底にあるもの』〔1997〕390-391頁、林（幹）・総論46頁、松原1997・4頁以下など。本稿の問題意識からして確認を要するのは、これらが、「規範的責任」を単に科刑の前提ないし上限として、「可罰的責任」を第1次的基準とした量刑を志向しているのか、それとも、「規範的責任」に基づく刑を下方修正する事由として「可罰的責任」を考えているのかである。論者ごとにニュアンスは区々だが、前者であれば、本文でいう単なる上限アプローチに、後者であれば、責任刑の下方修正を問題とするアプローチに、それぞれ対応するものとして扱うことが可能である。

142) Henkel, a.a.O. Anm. (116), S.22ff. ; Horn, Wider die „doppelspurige“ Strafhöhenbemessung, FS-Schaffstein, 1975, S.241ff. ; ders., Zum Stellenwert der „Stellenwerttheorie“, FS-Bruns, 1978, S.165ff. ; Schöch, Grundlage und Wirkungen der Strafe, FS-Schaffstein,

じて行われるが、広義の量刑、すなわち自由刑の罰金刑による代替（ドイツ刑法47条）や刑の執行猶予（同56条）などの判断は専ら予防的考慮によるというものであり、ホルンにより次のように要約されている。「裁判官は、まず第1に、有責な不法の重さを刑量に変換し、刑期、すなわち（科されることが仮定される自由）刑の高さを決する。しかしまだそこ〔＝刑期の判断〕では、裁判官は特別予防と一般予防の双方または片方に基づく考慮を行わない。その考慮は——第2段階で——いかなる種類の責任相当刑が宣告されるべきか、宣告刑が実際にも執行されるべきかの判断にあたってはじめて行われるのである」¹⁴⁴⁾。このように、量刑における責任と予防が、それぞれ別の局面においてしか位置価（Stellenwert）、すなわち意義を有しないと考えるのであれば、両者が同時に作用することはなくなり、したがって、アンチノミー問題は生じないというわけである。

（2） 刑量決定における予防的考慮の拒絶

この位置価説について、本稿の関心の対象となるのは、刑量をもっぱら犯行の重大性（責任の重さ）によって決定し、そこで予防的考慮を行なわないとし

1975, S.255ff. 位置価説（段階説〔Stufentheorie〕とも呼ばれる）を紹介・分析したものとして、阿部「量刑における位置価説について」『団藤重光博士古稀記念論文集 第3巻』（1984）133頁以下、岡上1993(1)99頁以下、城下1995・101頁以下、本庄2002(1)・201頁以下など。

143) わが国で、位置価説の趣旨に則って広狭義の量刑を区別する場合は、狭義の量刑（刑量決定）の概念に、刑期・刑額の決定のみならず、財産刑か自由刑か、有期か無期か、無期か死刑かといった、重さの序列を伴う刑種の選択も含めなければならない。ドイツでは死刑を廃止し、また日数罰金制を採用した結果、自由剥奪の量を、刑の重さの一般的な尺度として比較することができる（から、刑種はその執行形態の差異として理解されうる）のに対し、わが国では罰金と懲役・禁錮、有期と無期、懲役と死刑は、それぞれ前者よりも後者の方が端的に「重い」ものとされる（刑法9、10条参照）ことに注意しなければならない。

144) SK-Horn 2001, § 46, Rn.33.

たことである¹⁴⁵⁾。この点について、位置価説の論者は、次のように理由づけている。まず、予防的観点を刑を加重する方向で考慮することは、そもそも責任主義に反するし、その必要性は(保安)処分を用いて追求されるべきであるから許されないとする¹⁴⁶⁾。これは、通説的見解が、責任刑の幅の上限を超えることができないと解するのと同じ論理を、予防の加重的考慮一般について適用するものである。次に、予防の軽減的考慮については、責任主義違反の問題は生じないとしつつ、結論的にはそれも拒絶する¹⁴⁷⁾。論拠として強調されるのは、刑量決定において予防目的を考慮して最終刑を決定することの実践的な困難性である¹⁴⁸⁾。「特定の刑期……を、予防の観点に則して……割り出すことができるという考えには、まったく根拠がない。そのための、ある程度検証可能な基準さえ存在しない」¹⁴⁹⁾。「改善という刑罰目的は(しかした、威嚇目的も)……科されるべき刑罰の重さに関して発言するための量原理としては……まったく不相当であることを、刑事学は再三にわたって指摘している。……いかなる期間をその処遇プロセス(「行為者が必要とするもの」)が要請するかは、判決宣告の時点ではまったく予測できない」¹⁵⁰⁾。「個々の判決ないし一定の裁判実務の一般予防効果に関しては、実際には何も知られていない。……そもそも『効く』かどうか……どの程度『効く』かもしれないのかについて誰も正確に述べることが

145) 広狭義の量刑を画然と区別し、広義の量刑をもっぱら予防的考慮によって行うという位置価説の中核的主張も興味を惹くものではあるが、それは本稿の射程外であるので、別の機会に検討を譲る。

146) Henkel, aa.O. Anm. (116), S.40ff.; Horn, aa.O. Anm. (142), 1975, S.245f. さらにヘンケルは、刑が社会倫理的な非難を意味する以上、責任よりも重い刑を受けた行為者は、行為と釣り合わない不当な社会的非難を受けたと感じ、それが再社会化の弊害になるとする。

147) Henkel, aa.O. Anm. (116), S.45ff.

148) Henkel, aa.O. Anm. (116), S.47ff.; Horn, aa.O. Anm. (142), 1975, S.245ff.; Schöch, aa.O. Anm. (142), S.262ff.

149) SK-Horn 2001, § 46, Rn.26.

150) SK-Horn 2001, § 46, Rn.27. Vgl. auch Schöch, aa.O. Anm. (142), S.264.

できないような刑罰目的は、刑罰の重さの基準としては……不適切である」¹⁵¹⁾などと述べられるのである。幅の理論の内部の議論においても、一般予防的な考慮をめぐって、その前提となるべき経験的知見が十分なものでないという批判がなされてきたが、位置価説は、これを特別予防をも含めた予防的考慮全般に及ぼすものである。

(3) 通説からの批判¹⁵²⁾

このような位置価説に対して、通説側は、たとえ予防的量刑が困難なものであるとしても、量刑決定からそれを排除してしまえば、「小難を逃れうるかもしれないが、かえって大難に遭う」¹⁵³⁾との批判を加えている。

第1に、「予防目的によって刑を決めることができないならば、具体的な量刑は、責任の幅の範囲内で全く恣意的に確定されることになる。それは、予防を基準とすること——それは不確実かもしれないが——よりもっと悪い」とされる。「最終的な量刑をもっぱら責任によって決するという……結論は、刑罰と責任が具体的な点として対応することがありえない以上、実現不可能」だとい

151) SK-Horn 2001, § 46, Rn.30. Vgl. auch Schöch, a.a.O. Anm. (87), S.1081ff.; ders. 2001, S.113.

152) 以下に挙げるもののほか、「刑が社会における行為者の将来の生活に与えると期待される効果」を考慮すべきとするドイツ刑法46条1項2文との整合性をめぐる議論があるが（ドイツの通説は、同規定を、特別予防の考慮を指示するものと解している。Vgl. Bruns 1985, S.94; Roxin 1977, S.471; S / S- Stree 2001, Vor § 38ff., Rn.15; Jescheck / Weigend AT, S.878）、それには立ち入らない。

153) Roxin 1978, S.191.

154) Roxin 1978, S.191f.

155) M / Zipf AT I, § 7, Rn.23; 川崎1991・86頁、阿部・前掲注142「量刑における位置価説について」148頁、岡上1993(1)・105頁、本庄2002(1)・203頁。なお、ヘンケルは点の理論と幅の理論の双方を批判して、前述したドレーアーの「社会的形成行為の理論」を支持しているが（Henkel, a.a.O. Anm. (116), S.30ff.）、その理論の内実は点の理論にほかならないことについて、前掲本章第2節2参照。これに対して、ホルンは、位置価説は、幅の理論

うのである¹⁵⁴⁾。これは、位置価説は点の理論としか両立しないという評価¹⁵⁵⁾を前提に、それを批判するものである。

第2に、より重みをもつのは、「妥協を許さない責任刑法の原則を貫くことによって……刑事政策的に満足できない帰結をもたらす」¹⁵⁶⁾という指摘である。問題とされる局面は次のように整理できよう。まず、①ある程度可視的な再犯の危険が認定できる場合、幅の理論によれば幅の上限に近い刑を科すことができるのに、位置価説によれば不満足な結果になる¹⁵⁷⁾。これは、刑を加重する方向での特別予防的考慮の必要性を問題とするものである。ただ、より強調されているのは、②特別予防的考慮による刑量軽減の必要性が強く感じられる場合である。すなわち、刑事学的にみて必要な処遇の期間が不明である場合¹⁵⁸⁾や、重大犯罪であるため、再社会化のためには最適とはいえない刑¹⁵⁹⁾を科さざるをえない場合に、「刑期は社会化の見地からはいずれにせよ正当化できないのだから、数年の差は問題にならないという立場をとるならば、受刑者の人間的・社会的運命に対しあまりにも無関心な態度であろう」と言われる¹⁶⁰⁾。位置価説は、特別予防的に最適な刑の算定ができないことをもって、行為者に対す

か点の理論かという問題について発言するものではないとする (Horn, aa.O. Anm. (142), 1975, S.247; ders., aa.O. Anm. (142), 1978, S.169f.)。ロクシンの本文の批判に対する反論として、SK-Horn 2001, § 46, Rn.34.

156) Roxin 1978, S.202.

157) 9月から12月程度が責任相当であるが、予後がよくない者に、12月の自由刑を宣告すべき場合 (Roxin 1978, S.199)、2年から2年半までが責任相当であり、重度の人格障害を持つ行為者には2年半、それ以外の者には2年としたい場合 (S.200) など。

158) Roxin 1978, S.200f.

159) シェヒによれば、再社会化のために意味を持ちうる刑の範囲に関する専門家の所見は、1年から5年の間で様々であるとされており、それによれば、5年を超える刑は、再社会化の観点からは最適とはいえないことになる (Vgl. Schöch, aa.O. Anm. (142), S.262f.)。

160) Roxin 1978, S.201f. 責任刑が10~12年や15年~無期とされるような場合。より積極的に再犯可能性が乏しいケースとして、いわゆるナチス犯罪者や、繰り返される可能性のない葛藤状況から殺人を犯した者などが挙げられている。

る「有害な帰結の回避」をも無視する誤りを犯しているというのである。また、特別予防の必要性を減少させると考えられる犯罪後の態度（自首、損害回復、弁償など）は、位置価説によれば、刑量におよそ影響しないことになるが、それも不当とされる¹⁶¹⁾。要するに、不十分な経験的知見を前提とした場合でもなお、特別予防的考慮によって刑量を個別化する必要性およびその意義は失われないのであり、位置価説がことさらにそれを犠牲にするのは合理的でないということである。さらに、③「妥協を許さない純粹の責任刑が量定されるときは、それがドイツ刑法47条から60条の要件とされている刑期の制限を上回るという理由により、それらの諸規定の適用が妨げられる」¹⁶²⁾ ことが、批判的に指摘されている。わが国の刑法を前提とする場合、責任刑がたとえば3年6月程度だという場合に、特別予防的考慮による刑量の下方修正を行って宣告刑を3年にすれば執行猶予の道が開けるのに、位置価説ではそのようなことはおよそ許されず、かかる場合予防的考慮は一切なしえないことになるが、これも不都合だというわけである¹⁶³⁾。

第3に、予防の必要性に応じた量刑の困難性そのものについても、ロクシンは、カール・ラックナーの次の指摘が反論になると主張する¹⁶⁴⁾。「責任に相應する……制裁が、我々の経験則上なるべく社会復帰にも役立ち、少なくともその妨げにならないように、一定限度内で修正され、緩和されるということと、行為者が再犯の危険を克服するために具体的に何を必要としているのかについての積極的な解答を求めるということは、原理的に異なる」¹⁶⁵⁾。すなわち、後

161) Roxin 1978, S.202f. なお、わが国で、行為責任の判断に続くカテゴリーとして積極的特別予防上の要罰性を導入しようとする伊東1996・276頁注11も、自首、自白や示談といった犯行後の態度、および行為者をとりまく人的・社会的環境の事後的な変更を評価できるカテゴリーの必要性を強調する。

162) Bruns, „Stellenwerttheorie“ oder „doppelspurige Strafhoehenbestimmung“, FS-Dreher, 1977, S.261 ; Roxin 1978, S.203f.

163) 岡上1993(1)・102頁。Vgl. B-D Meier 2001, S.149.

164) Roxin 1978, S.200.

165) Lackner, a.a.O. Anm. (139), S.134.

者の実践はまったく困難で、それゆえ予防の必要性を第1次的な基準とした量刑は非現実的であるとしても、責任刑を「基礎」としつつ、予防的考慮によってこれを修正することは、現実的な選択肢たりうるというのである。岡上¹⁶⁶⁾、予防的考慮によって一点の量刑が導かれうることに強い疑問を示しながら¹⁶⁶⁾、『予防判断に対する過大評価』と……は、責任刑を基準とすることなく、予防の考慮だけで特定の数値に至るという主張である。これと異なって、責任刑が具体的に一点に決まったのちに、その具体的な量刑が行為者に有害か無害かを判断することは可能であり¹⁶⁷⁾、また、「いくら特別予防に関する我々の知見が乏しくとも、皆無とはいえないのであるから……知見を生かす余地をあらかじめ排除してしまうのは妥当でない¹⁶⁸⁾」と述べるのも、このような趣旨にほかならない。

(4) 位置価説の軌道修正

位置価説の論者は、上記の議論をふまえて、軌道修正を迫られることとなった。ホルンは、最近でも位置価説を維持しているが¹⁶⁹⁾、他方で、「〔ドイツ刑法〕46条1項2文からは、責任に相当する刑の重さを探求するにあたって……行為者の再編入に『少なくとも有害にならぬよう』という意味における消極的(特別)予防に取り組むべきである¹⁷⁰⁾」として、「非社会化の危険のできる限り少ない責任刑の確定¹⁷¹⁾」を要求しており、その限りで、対立は相対化したものと評価されている¹⁷²⁾。シェヒは、より明示的に見解を改めている。彼は、ロク

166) 岡上1993(1)・95-96頁など。

167) 岡上1993(1)・108頁。

168) 岡上1993(2)・66頁。

169) SK-Horn 2001, § 46, Rn.34.

170) SK-Horn 2001, § 46, Rn.35.

171) SK-Horn 2001, § 46, Rn.39.

172) Vgl. Müller-Dietz 1992, S.419; 岡上1993(1)・103-104頁。もっとも、本章第4節4(3)ウにおけるヘルンレの解釈をも参照。

シンの強調した、幅の枠内で特別予防的考慮によって刑を軽減する可能性について¹⁷³⁾、「再社会化のためにとくに不都合である、1年を下回り、または4ないし5年を上回る自由刑を、従来よりも頻繁に回避できるようになる」などとして、これ賛成しており¹⁷⁴⁾、それによって、量刑決定における予防的考慮を排斥するという位置価説の基本思想は、放棄されることとなったのである¹⁷⁵⁾。

2 予防的考慮に対する多角的批判

(1) 総説

以上のように位置価説の論者は、刑量を犯行の重大性（責任の重さ）だけの考慮によって決めるという主張に対する通説からの批判に耐えられず、軌道修正を余儀なくされた。しかし、ドイツでは、位置価説をめぐる論争が沈静化した後も、量刑決定における予防的考慮をなお否定する見解が、様々な方向性から主張され続けている。

その一例として参照に値するのが、いわゆる積極的一般予防論に基づく量刑理論を詳細に展開し¹⁷⁶⁾、「責任は、合目的的で正しい刑の量定のための必要十分な基礎である。……正しい量刑は、直接的な (unvermittelt) 予防……が避けられる場合にのみ確保される」¹⁷⁷⁾とするカイ・ハルトーヘーニヒによる、予防

173) ロクシンは、位置価説の妥当性を検討した論文の末尾において、それが責任の幅を認め、幅の枠内において特別予防目的を考慮するという修正を加えれば、まったく賛成しうるものであると述べている (Roxin 1978, S.204)。

174) Schöch 2001, S.120.

175) Vgl. NK-Streng 2005, § 46, Rn.108.

176) もっとも、本稿は、ハルトーヘーニヒの積極的一般予防論 (Hart-Hönig 1992, S.98ff) それ自体に対する検討は行わない。

177) Hart-Hönig 1992, S.128. 彼の主張する量刑基準は、次のように要約できる。①人的要素を排した「純粋な個別行為責任」が量刑の出発点であるとともに上限をなし、②心理的・社会経済的な自由の制約が行為者に認められる場合、その程度に応じた責任の軽減が認められ、③行為者のいわゆる刑罰感痛性 (それについては、後掲本節 4(3)エを参照) が著しく高度である場合にはそれに応じて刑は軽減される (Vgl. Hart-Hönig 1992, S.127ff, S.138ff)。

的考慮に対する多角的かつ徹底的な批判である¹⁷⁸⁾。そのうち、一般予防的考慮に対する批判は、これまで紹介してきた議論をおおむね踏襲するものといつてよいので¹⁷⁹⁾、ここでは、量刑における特別予防目的の直接的考慮に対する彼の批判に、焦点を当てることとしよう。

(2) 直接的な特別予防的考慮の問題点

ア 経験的問題

ハルトーヘーニヒの特別予防的量刑に対する批判の中心は、行為者が再犯に陥ることについての「信頼できる予測」の困難性にある。彼は、現存する予測手法¹⁸⁰⁾のクオリティを疑わせる諸問題を援用して、それはまったく信用するに足りないという¹⁸¹⁾。まず、①「統計的予測 (statistische Prognose)」、すなわち「(一定の制裁の後に) 再犯に陥った者とそうならなかった者の……比較によって、再犯とのとくに強い相関関係のある要素を確定する」手法は、もともと「行為者が一定の危険なグループに属することを認めるものにすぎないがゆえ

④予防は、「独立したむきだしの量刑根拠ではない」(S.137f.)。

178) Vgl. Hart-Hönig 1992, S.46-78.

179) すなわち、経験的問題として、師であるハッセマーに依拠して、予防の名宛人に対する情報伝達、および判決による名宛人の動機づけ可能性の欠如を指摘したうえで、「組織犯罪、麻薬事犯、経済犯罪、環境犯罪の行為者のような自分たちに関係ある刑法判例についての格別の知識とリスク意識のある潜在的な行為者グループ」(Vgl. Hassemer, a.a.O. Anm. (87), S.43f.) も、「有罪判決による動機づけと対立する規範の形成とその消化という社会構造に組み込まれている」から、その例外ではないし、「十分に情報を与えられ、リスクを意識した、小さく限界づけられた行為者グループ」を想定したとしても、関連する知見が裁判官による適用を可能にするほどに確立していないから、結局直接的な一般予防を目指した量刑は不可能であるとされる (Hart-Hönig 1992, S.47ff.)。規範的問題としては、いわゆる人格の手段化の批判がなお「克服しがたい」とされる (S.49)。

180) 現存する予測手法の説明として、たとえば、NK-Streng 2005, § 46, Rn.39. さらに詳細には、Hans Göppinger, Kriminologie, 5.Aufl., 1997, S.193ff.; Streng, a.a.O. Anm. (97), Rn.608ff.; B-D Meier, Kriminologie, 2. Aufl., 2005, S.185ff. わが国の量刑論では、川崎1991・196-197頁を参照。

181) Hart-Hönig 1992, S.52.

に、限定的な価値しかない」。そのうえ予測表は、「もっぱら過去を志向した予測要素のみを考慮」しており、「将来的な制裁の影響や釈放後の状況ないし保護観察期間の〔遵守〕条件が顧慮されない……ことによって、危険な時期における法の遵守に著しく影響する諸事情がないがしろにされる」などの欠陥をもつから、それによって十分な予測を行なうことはできないとされる¹⁸²⁾。次に、②「臨床的予測 (klinische Prognose)」、すなわち、「(個別的な) 精神診断法の性質をもった手続」は、「唯一の科学的な個人予測の手続」であるものの、結局は統計的予測と同様の問題を抱えているといわれる。すなわち、そこで「考慮されるのは、ほとんど過去を志向した予測要素である。それに相応して、臨床的予測もまた、疑問付の予測 (Fraglich-Prognose) という広範な中間領域、再犯の蓋然性の過大評価、および全体的に不十分な妥当性によって特徴づけられる」というのである¹⁸³⁾。また、③実務で支配的な「直観的予測 (intuitive Prognose)」、すなわち、「人々の知識や判断者の……経験に依拠する」手法は、判断者個人の価値観に強く影響されてしまうなどの理由で妥当でない¹⁸⁴⁾。そして結論としては、「刑事学的研究の状況を肝に銘じるならば、いずれにせよ近い将来においては、信頼できる個別予測は不可能であるということに甘んじなければならない」とするのである。

イ 規範的問題

他方、特別予防的量刑の規範的正当性については、加重的または軽減的とい

182) Hart-Hönig 1992, S.53ff. なお、松原英世「連邦量刑ガイドラインと量刑思想の変化」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』(2005) 84頁以下は、1980年代以降のアメリカ合衆国の刑事司法において、統計的予測に基づいて分類された「集合としての危険な犯罪者」の管理に関心を示す、「ニュー・ペノロジー」と呼ばれる傾向があり、それは危険分子の「隔離」による再犯予防を目指す「悲劇的な刑事司法」であるととする。

183) Hart-Hönig 1992, S.56f. それでも現存する手続の中ではこれがもっとも見込みのあるものと評価している (Vgl. S.72f.)。

184) Hart-Hönig 1992, S.58.

う評価方向、再社会化、特別威嚇ないし保安という目的に即して、次のように論じている。

まず、①再社会化を目的とした刑の加重、すなわち、改善のための処遇により多くの時間を要するという理由で重い刑を科すことの不許容性は、「受刑者に改善治療を強制することの禁止から帰結される」という。というのは、「受刑者を処遇へと強制してはならないのであれば、また当然に、こともなく拒絶でき……る処遇をより効果的に行なうために……別の基準〔＝責任〕によって正当化されるよりも長きにわたって刑の執行に拘束されてはならないからである」¹⁸⁵⁾。そして、強制的な処遇が禁止されることの実質的根拠は、それが、「人間を単なる客体へと貶める」ことになり、人間の尊厳という原理に抵触することに求められている¹⁸⁶⁾。そして、そのことは、②特別威嚇のためにより多くの刑量を要することを理由とした加重にも、まったく同じように妥当するとされる。「決定的に重要なのは、行為者の意思に基づかない、またはそれに反する働きかけが行なわれたかどうかである。それが肯定される場合、行為者は単なる客体へと貶められる」というわけである¹⁸⁷⁾。また、③直接的な保安は、そもそも処分法の任務であり、刑罰の独立的な目的ではないとされる¹⁸⁸⁾。そして、以上のことは、「責任相当性の上限が上回られたかどうかとは関係がない」とされる。その論拠は、責任枠の内部であるとしても、特別予防のために「刑が加重されたとすれば、それによって「枠の下限に示された責任を理由としえ必要な刑量が上回られている」という、一般予防的考慮の禁止とまったく同様のものである¹⁸⁹⁾。

次に、ハルトーヘーニヒの議論に特徴的なのは、通説の見解においてはほとんど自明のこととされ、それゆえ位置価説に対する攻撃材料となった、特別予

185) Hart-Hönig 1992, S.59.

186) Hart-Hönig 1992, S.61.

187) Hart-Hönig 1992, S.65f.

188) Hart-Hönig 1992, S.66.

189) Hart-Hönig 1992, S.67.

防的見地からの刑の軽減の規範的正当性について、次のように真剣な検討を加えていることである。(i)「強制的改善の禁止からして、強制的処遇による効果的な再社会化に……時間を要しないことに基づく刑の軽減はありえない」との主張は、これまでの主張から予想できよう。しかしそれだけではなく、(ii)「行為者が自由意思で希望した再社会化処遇のために要する時間にかんがみて刑量を軽減することすら許されない」という。その理由は、「いつでも処遇を打ち切る受刑者の権利を保障する」必要があること、および、「処遇を許否する行為者が〔処遇を希望したふりをして〕刑量軽減を騙し取ることを避けるためには、軽減された刑の言渡しは、処遇への協力（おそらくまた、その成功）という停止条件付で、かつ処遇打ち切りなどの場合にはもとの刑量を言い渡すという留保付のものでなければならない」が、それは法律上予定されていないということにあるとされる¹⁹⁰⁾。それに対して、(iii)「非社会化、つまり……再犯をより蓋然的なものとする効果を回避するための刑量の軽減に対しては、もちろん、何も文句はない」という。刑期の一部は、その「全うによって再犯の蓋然性が高まり、それによって……〔一般人の〕保護がむしろ妨げられるという場合」などには免除されることが肯定され¹⁹¹⁾、その範囲では、「予測が放棄されてよい量刑判断は存在しない」¹⁹²⁾とまで言うのである。ところが、ハルト－ヘーニヒは続いて、「しかし、あらゆる量刑判断を予測に基づかせることを絶対的に義務づければ、個人予測による量刑の探求という要請を原理的に疑問のあるものに思わせる……規範的な諸問題が生じる」¹⁹³⁾と述べる。とくに考慮する必要があると思われるのは、それが被告人にとって過大な負担になるという指摘であろう。すなわち、それは「集中的な——家族や余暇の領域にすら

190) Hart-Hönig 1992, S.68. 実際上は、刑の軽減を受けた受刑者に対して圧力がかかり、処遇打ち切りを諦めざるをえなくなるだろうなどとする。

191) Hart-Hönig 1992, S.69. さらに、執行猶予や残刑の猶予（わが国の仮釈放）においてもこの観点での刑量軽減がなされる必要があるとする（S.69ff.）。

192) Hart-Hönig 1992, S.72.

193) Hart-Hönig 1992, S.72.

拡大していく——人格調査を前提としているがゆえに……比例原則からして問題である。臨床的予測から生じる——徹底した調査、公判における鑑定の実施、費用…の支払義務を負わせることによる——行為者の負担が相当な (verhältnismäßig) ものであるなどは誰も主張しない」。そして、この「比例原則からくる法治国家的な疑問は、予測が……行為者にとって有利にしか働きえないことによって全く正しさを失わない。というのは、刑量軽減……によって、『共同体』が追求しているのは、『行為者が再犯に陥らない……』ということに即した『自らの直接的な利益』でもあるからである。「人間の尊厳の原則や自由な人格の展開からのみ生じる義務を充足するためであっても、明示的に人権および基本権に拘束された……法治国家は、——まさに——この諸権利を不当に侵害する手段に手を貸してはならない」¹⁹⁴⁾。要するに、刑の軽減による「非社会化の回避」が正当な「目的」たりうるとしても、それを実行するための「手段」としてのいわゆる臨床的予測が、行為者の人格・環境に対する徹底した調査に伴う様々な負担を伴い¹⁹⁵⁾、やはり憲法上の疑念が払拭できないということである¹⁹⁶⁾。

194) Hart-Hönig 1992, S.76f.

195) 松尾・前掲注96「刑の量定」350頁、井田1996・296頁、所1994・100-101頁など参照。

196) そこで、Hart-Hönig 1992, S.137fは、非社会化の回避は、「裁判官による予測判断の禁止に例外を認めることによって……考慮されるものではない」として、次のような議論を展開している。すなわち、「積極的一般予防の構想は、非社会化の回避という帰結志向的な基準、および人道的刑法の理念を、経験的-方法論的に受容でき、また刑法理論的にも説得的なやり方で考慮する。というのは……不可避的な最小限の自律性侵害を上回る制裁は、規範の妥当性を保障する正しい……応答としては通用しえないからである。……それゆえ、刑法的介入の非社会化効果についての一般的な経験的認識は……抽象的な法定刑の決定や刑の執行に際して考慮されなければならない」。これは、ハッセマーの積極的一般予防論が、刑法各則の規範のみならず、責任主義などの法治国家原理や無罪推定などの訴訟法上の原則をも含めた広義の規範ないし法文化に対する信頼を問題にするものであり、そこに再社会化の理念をも取り込むことが可能であるとしていること (Vgl. Hassemer, Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen?, FS-Lüderssen, 2002, S.238ff.) と密接に関連する。

3 絶対的応報刑論による予防目的の拒絶とその代替的基準の導入

(1) 古典的見解——責任原理の二面性・絶対性——

本節でこれまでみてきた諸見解は、刑量の決定における予防的考慮を否定するものではあるが、刑罰制度が全体として犯罪予防目的を有するものであることまで否定するものではなかった。そのことを前提としながら、量刑上の直接的な予防的考慮には問題があることを強調してきたのである。それに対して、より徹底されたアプローチとして、そもそも「予防」は、刑罰理論において正当な居場所をもたないとする見解もありえないではない。いうまでもなく、いわゆる絶対的応報刑論がそれにあたる。そこで、ここでは、その系譜に属する量刑理論をみていくこととする。

戦後の学説において、古典的な絶対的応報刑論にほぼ忠実な議論を展開していたのは、1961年の著書『責任原理』（初版¹⁹⁷⁾）におけるアルトゥール・カウフマンであった。彼は、次のように、責任原理の二面性・絶対性を強く主張した。「犯罪者は、責任を通じて、人（Person）として尊重される権利を部分的に失った。そこから、刑罰の正当性、および——こちらがいま問題なのだが——必要不可欠性が生じる。……有責な者は、刑罰によって自己の責任から解放され、再び人格の尊厳を完全に手にする」¹⁹⁸⁾。「このような責任原理の二面性、すなわち、刑罰は責任に相応しなければならないというのみならず、責任は刑罰を必要不可欠なものにするということから……その絶対的性格が生じる。……つまり、責任が存在するにもかかわらず、何らかの合目的性の考慮から、要罰性を否定してはならない。相対的刑罰理論は支持できないが、（絶対的な）責任原理に固執することは可能である」¹⁹⁹⁾。そのうえで、彼は、量刑論に関して、

197) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961. なお、カウフマンは1967年の論文でニュアンスの異なる見解を主張し（それについては、後掲第3章第3節で紹介・検討する）、その論文が『責任原理』の第2版に増補されているが、初版の記述はそのまま残されているので（Vgl. Kaufmann 1976, S.7）、以下の引用は第2版による。

198) Kaufmann 1976, S.201.

199) Kaufmann 1976, S.202.

いわゆる幅の理論を拒絶し²⁰⁰⁾、次のように述べる。「責任は、絶えず確定した特定の大きさであり、それゆえ、適切な刑罰はつねに唯一のものでしかありえない。……責任とは異質ないかなる事情の考慮も、〔責任〕原理の放棄につながる。……責任から一定の刑の大きさを……精密に割り出すことはできない……ということから、刑の確定のために、責任とは異なる観点も基準たりうるということは帰結されない」²⁰¹⁾。

このように、カウフマンの見解は、一見すると、「責任原理の二面性・絶対性」に固執することでその他の考慮を排斥するという明快な立場である。もっとも、その断固とした姿勢は、実は量刑論では必ずしも貫かれていない。彼は量刑論に関して次のように述べる。「『行為者の共同体への再編入といった……特定の刑罰目的を達成するために』責任の程度を下回ることがつねに許されるかは……疑問に思われる。それはやはり、単に責任のわずかな下回りが問題となっている場合にのみあってもよいことである。反対に、故意に殺人をした人間を、その者が長年の刑務所服役……よりも、自由にしておいた方がさらなる法違反が少ないことが予期されるという理由で不処罰とすることが許されないのは確かである〔傍点筆者〕」²⁰²⁾。これを素直に読めば、責任刑の「わずかな下回り」であれば許容するということになり、責任刑を基礎としながら、特別予防的考慮による下方修正を認める見解との差異は相対化する。しかし、カウフマンの見解において、「わずかな下回り」であれば許される理論上の契機がどこにあるのかは不明である。それを認めるには、彼の固執する責任原理の「絶対性」を緩和ないし修正しなければならない²⁰³⁾。

また、カウフマンは量刑問題への言及において、前述のように点の理論を主

200) Kaufmann 1976, S.260f. 「形而上学的な認識の不明確性〔=責任刑を一義的に認識しえないこと〕は、形而上学的な対象〔=責任〕の不明確性までも意味するわけではない」との批判 (S.66) は有名である。

201) Kaufmann 1976, S.261.

202) Kaufmann 1976, S.205.

203) 本庄2002(1)・177頁も参照。

張し、責任以外の観点の考慮は責任原理の放棄につながるとしながら、続けて次のように述べる。「責任刑が合理的手段によって一義的には確定されえないという事実は、量刑に際してつねに伝統的な契機も共に作用するという結論をもたらす。……この伝統においては、刑罰は……予防的観点、および行為後の態度によっても決定されるという考えが、確固たる地位を占める。量刑の領域でも、責任原理の現実化には、自由に飛び越えることのできない限界がある。現実性とは無縁の教条主義のみが、そこで誤った幻想にふけることができるだろう」²⁰⁴⁾。しかしこの弁明も、それまでの主張と整合しているのか疑わしい²⁰⁵⁾。そのような結論に行き着くのであれば、はじめから責任原理の「絶対性」を主張する必要はなかったのである。

(2) 最近の見解

ア 責任刑一元論と予防的考慮の代替的基準の導入

絶対的応報刑論を洗練させつつ、現代に再生させようとする近時有力な動向²⁰⁶⁾の中心にあって、量刑論を詳細に展開している代表的論者は、ミヒャエ

204) Kaufmann 1976, S.261.

205) 批判として、本庄1998(1)・94頁、同・2002(1)・199頁など。

206) Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97, 1985, S.786ff., insbesondere S.830 (量刑についてはケーラーに全面的に賛同すると述べる); Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; ders. AT, S.37ff, 578ff. usw. E・A・ヴォルフ、ケーラー、ツァツィクラに代表される最近の観念的応報刑論の論理については、飯島暢「法概念としての刑罰」法学政治学論究(慶應義塾大学)54号(2002)55頁以下も参照。ちなみに、かつて積極的一般予防論の急進的主張者であったヤコブスも、ヘーゲルの応報理論への回帰傾向を強めている(Vgl. Roxin AT I, §3, Rn.31.; 松宮2006・9-10頁。Jakobs, Was Schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, 『刑事法学の現実と展開・斉藤誠二先生古稀記念』[2003], S.34は、刑罰は法規範や共同体の構造を否定する犯罪を否定するものであり、威嚇や法的忠実の訓練などは刑罰目的にとって本質的ではないとする)。その弟子のレッシュは明確に、ヘーゲル理論の「機能的応報刑

ル・ケーラーであろう。彼は、刑罰の「法的根拠は、必然的に、刑罰の程度（質と量）の原理をも含む。『抽象的な意味での可罰性の根拠は、同時に具体的な可罰性の根拠でもある』」²⁰⁷⁾、すなわち量刑原理は刑罰理論の帰結でなければならぬとする立場を前提に、次のように述べている。「保安のための強制手段としての社会功利主義的な道具とすることは、古典的な（カントの）批判が言うように、行為者自身の条件づけのためであるにせよ、他者の動機づけのためであるにせよ、行為者を……〔社会の〕共同構成員としてではなく、単に客体として扱うことである。……それは、すべての者の自己決定的な自由を基礎に置く法概念、およびそれに基づく憲法秩序と統合不可能である」²⁰⁸⁾。そして次のように、絶対的刑罰理論に属する立場²⁰⁹⁾から、刑の重さの決定原理を導く。「刑罰は、犯罪行為によってその普遍的妥当性を部分的に否定された法関係を、行為者の外的自由を否定することによって清算的に回復するものとして根拠づけられる。ゆえに、個々の刑罰の程度と犯行の程度との最終的な等値……は、有責な犯行の程度から導かれなければならない。……ゆえに犯行と行為者は、不法・責任の程度に応じて評価されなければならない」。「行為者・犯行と刑罰は、否定される自由の価値において基本的な等価性を示すから、犯行の程度が、刑罰の程度にもなりうるのである」²¹⁰⁾。「判断者の…視点においては、目の前の個別事例について、唯一の正しい刑（「点の刑」）しかありえない。外的な〔＝

論』としての再構成を試みている（Heiko Hartmut Lesch, Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (2.Teil), JA 1994, S.596ff.)。

207) Köhler AT, S.38. Vgl. auch S.51f., 580, 586.

208) Köhler AT, S.45. 特別予防目的と一般予防目的については、個人を非理性者・他者のための客体へと貶め、主観的責任が無視されるという原理的な理由が強調され（S.45ff.）、経験的な不明確性の批判は、「二次的なもの」（S.47）にすぎないとされる。

209) Köhler AT, S.37. その詳細な論証は、S.48ff. なおケーラーは、「絶対的」という用語を、社会功利主義的な理論に抗するという意味で使っており、それが「正義のための正義」という観念に囚われた悪しき応報主義だという評価は誤解であるとする（Köhler AT, S.43）。

210) Köhler AT, S.580f. Vgl. auch S.598.

第三者、上告審の〕視点においてのみ、いわゆる幅の理論は正しい。『幅』が、責任から離れた予防……の途を開くものであるという流布した……言明は、内容的にまったく維持しえない。それによって、刑の決定は、矛盾を孕む……ことになってしまう」²¹¹⁾。「とりわけ批判されるべきなのは、態度予測に応じた量刑である。……その基本的誤謬は、自由な主体を予測可能な……素朴な動機づけのプロセスへと矮小化していることである。……個人に対し、多かれ少なかれ蓋然的なものとして想定される犯行を考慮して処罰し、または処分を加えることは、それによってその自由を否定することになるから禁止される」²¹²⁾。そして、個別事例における量刑について、次のように結論づける。「個別事例の相対的な不明確性（「幅」）は、もっぱら……責任という根拠によって決されなければならない、独立した予防目的によって決されてはならない」²¹³⁾。「行為責任という基礎から、刑は上方にも下方にも離れてはならない。この原理から矛盾なく導かれる量刑事由のみが許容される」²¹⁴⁾。

もっとも、そのような見解を主張するケーラーも、予防的考慮にかかわると考えられてきた量刑事情を、およそ無視しようとするわけではない。彼は、予防目的の直接的な考慮は許されないとしながら、「独立して主張されている予防目的の批判的な止揚（統合）」、すなわち、「個々の事例において正しく具体化された刑による特別予防」および「正しい刑罰の全体体系を通じた一般予防」を考慮することは可能であると主張する²¹⁵⁾。

まず、特別予防については、「当該行為者が、その刑の程度によって、類型的・具体的な自由にどの程度の侵襲を受けるか、ということは……刑の平等な侵襲性という、責任刑法における量定事由に含まれる。この意味での『刑罰感

211) Köhler AT, S.585. Vgl. auch S.44, 601.

212) Köhler AT, S.589.

213) Köhler AT, S.598.

214) Köhler AT, S.602.

215) Köhler AT, S.586.

痛性 (Strafempfindlichkeit)』は、正当な個別化の観点である²¹⁶⁾ という。これは、犯行の重大性 (責任の重さ) を、具体的な量刑へと変換するにあたって、当該行為者が刑罰の侵襲によって苦痛を感じる程度すなわち「刑罰感痛性」が考慮されるべきであり、それによって、責任刑の下回り禁止と矛盾しない形で、犯情とは切り離された行為者の特殊の事情を考慮することが可能となるという趣旨である。責任刑の具体化にあたっての刑罰感痛性の考慮は、ドイツにおける通説的見解も支持する²¹⁷⁾。判例上も、「責任相当刑は、行為者の刑罰感痛性の

216) Köhler AT, S.603. Vgl. auch S.599.

217) Bruns 1985, S.144, 197 ; M / G / Zipf AT II, § 63, Rn.118f. ; S / S-Stree 2001, § 46, Rn.54 ; Schäfer 2001, Rn.412ff. ; B-D. Meier 2001, S.201f. わが国では、川崎1991・188頁以下。批判的なのは、Streng, Mittelbare Strafwirkungen und Strafzumessung, NSTz 1988, S.486f. ; NK-Streng 2005, § 46, Rn.28ff. ; Jescheck / Weigend AT, S.890f. ; SK-Horn 2001, § 46, Rn.121. ; Hörnle 1999, S.166ff. ; 339ff. Vgl. auch Müller-Dietz 1992, S.416f., 420ff. ; Erhard 1992, S.304ff.

刑罰感痛性 (Strafempfindlichkeit) と刑罰感応性 (Strafempfänglichkeit) の概念は、従来とくに区別されずに用いられていた。しかし、ヘンケル (Henkel, Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe, FS-Lange, 1970, S.179f.) らが、前者すなわち「刑に含まれる害悪に対して行為者が苦痛を感じる程度」を刑罰の責任相当性に関連づけ、後者すなわち「刑の意義と目的を受け入れ、それを自らに影響させる心構え」(あるいは「刑という手段への行為者の予防的な感応可能性」[B-D Meier 2001, S.202]) を特別予防目的に関連づけるという整理をして以来、それがほぼ定着している(川崎1991・188-189頁。ただし、LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.26f. ; Jescheck / Weigend AT, S.890f.も参照)。

なお、StrafempfindlichkeitとStrafempfänglichkeitの訳語について、①前者を刑罰感受性、後者を刑罰感銘性とするもの(川崎1991・188頁)、②前者を刑罰感受性、後者を刑罰感応性とするもの(吉田訳「量刑と結果志向」北海学園大学法学研究28巻2号〔1992〕184頁以下)、③前者を刑罰感受性(および後者を刑罰感応性)とするもの(浅田1999・383頁以下)、④前者を刑罰感銘性とするもの(西原監訳『ドイツ刑法総論』(1999)707頁〔岡上訳])などがあり、まったく統一されていない。とくに紛らわしいのは、同じ訳語が論者によって異なる原語に対応させられていることである。本稿では、前者について、刑によって苦痛を感じる程度というニュアンスを伝える意味で、「刑罰感痛性」、後者について、刑の予防的な働きかけに意義を感じて、それに応じるという意味合いを出すため、「刑罰感応性」という訳語を、それぞれ用いることとした。

程度に依じて、まったくもって異なる」²¹⁸⁾ ことが肯定され、具体的には、被告人が外国人、拘禁精神病、視力薄弱であるため受刑の苦痛がとくに強いとされた事案や、高齢であり、またはエイズや癌を煩っているため余命が短いとされた事案において、その考慮によって刑が軽減されうることが認められている²¹⁹⁾。学説上、とりわけ初犯者は、受刑に対する精神的な「消耗作用」が大きいから、それが量刑にあたって軽減的に考慮されなければならないとする主張も有力である²²⁰⁾。ケーラーの見解は、この観点を援用することで、量刑における厳格な犯行均衡原理（責任相当性の原則）を理論上維持しながら、なお個別事情を斟酌して刑を個別化することが可能になること²²¹⁾を示すものにほかならない。

他方で、一般予防について、ケーラーはこの目的のための刑の加重は憲法的に許されないとする立場をとりつつ、BGHの判例がその要件としてきた「同種犯罪の頻発」といった事情は、不法加重事由として取り込めると主張する。彼によれば、「犯行の不法——個別の法益侵害のみならず、そこにあらわされた法的平和の侵害の意味における——は、単に直接に個々の犯行によってのみではなく、様々な全体状況、法的平和状態の一般的文脈をも顧慮して評価される」²²²⁾、つまり、「犯罪行為の評価にあたっては、個別の侵害（たとえば財産侵害、

218) BGH 7, 28 [31].

219) BGH 43, 233 ; BGH StV 1984, 152 ; StV 1987, 530 ; StV 1990, 303 ; StV 1991, 206 ; StV 1987, 346 ; StV 1991, 105 ; StV 1989, 152 ; StV 1991, 207 usw.

220) M / G / Zipf AT II, § 63, Rn.118 ; Schäfer 2001, Rn. 416. ; B-D. Meier 2001, S.202. わが国では、川崎1991・190頁。

221) すでにこの概念を整理したヘンケル自身が、前述のように、刑量決定における予防的考慮を否定する見解を前提としていた（前掲本節1）。また、後述の犯行均衡説を前提に量刑における予防的考慮を極力避けようとするシューネマンも、刑法46条1項2文は刑罰感痛性の考慮を指示したものと解釈すべきことを主張している（Schünemann 1987, S.226. Vgl. auch ders., Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in : ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S.191. [川口=葛原訳「予防刑法における責任原理の機能」山中=浅田監訳『現代刑法体系の基本問題』（1990）179頁以下〕）。

222) Köhler, a.a.O. Anm. (206), 1983, S.51.

殺人) それ自体にとどまらず、それによってもたらされた、法的に妥当性ある自由の普遍性の侵害が重要である」。したがって、そこでは、「具体的な社会状況にとっての普遍的意義の増大・減少を把握する、たとえば特定の犯罪行為の顕著な頻発……もまた基準となる」。「こうして……一般予防の刑罰目的のなかでの適切なモメントは、正しい、すなわち犯行の程度において根拠づけうるやり方で把握される」²²³⁾。一般予防の考慮による刑の加重を否定しながら、それに関連するものとして考慮されてきた事情を行為責任に関連するものとして間接的に取り込むアプローチは、一般予防の考慮の是非をめぐる対立の緩和を促すものであり²²⁴⁾、最近のわが国においても議論の対象となっている²²⁵⁾。

イ 一元的な刑罰目的と多元的な量刑基準の結合

ヴォルフガング・フリッシュの最近の刑罰および量刑理論の構想²²⁶⁾も、絶対的応報刑論の系譜に属するものである。ここでは、BGHの幅の理論の批判的検討との対比において自説を展開した論稿²²⁷⁾を中心に、彼の見解をみていくこととしよう。フリッシュは、幅の理論が直接的な予防的考慮を問題とすることには、「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証するために」、また、「潜在的な行為者が犯罪行為に出ないようにするために……いかなる量刑が必要なのかについて正確な

223) Köhler AT, S.582f. Vgl. auch S.599, 602.

224) 川崎1991・166頁はこれを「折衷的見解に属する」と評価する。

225) 前掲注90に挙げた文献を参照。

226) Frisch 2000, S.269ff. Vgl. auch ders., Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“, in : Schünemann / v Hirsch / Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S.125ff. ; ders., Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, FS-Müller-Dietz, 2001, S.253. (岡上訳「犯罪論と量刑における不法と責任」法政理論〔新潟大学〕35巻4号〔2003〕342頁以下) ; ders. in : Tatproportionalität 2003, S.7f.

227) Frisch 2000, S.269ff.

指示を与えることができる状況ではまったくない²²⁸⁾という経験的問題と、「人格の手段化²²⁹⁾という規範的問題が立ちはだかるとする。他方で、BGHの幅の理論に対する根本的な疑問として、「奇妙なことに」、「責任に相応する刑が科されなければならない……のはなぜなのかということが、まだ答えられていない²³⁰⁾、すなわち、量刑における犯行均衡原理（責任相当性の原則）の要求根拠が空洞化していることを指摘する。彼によれば、「その問題は、すでに憲法上の理由から、避けて通ることはできない。——なぜなら、刑罰を含めて、基本権に対する非常に重大な介入を正当化するためには、憲法上正当化しうる目的を実現することがミニマムの前提条件であるからである²³¹⁾。そしてフリッシュ自身は、この問題について、現在支配的である「予防」による説明は不可能であるとして²³²⁾、「法状態の回復・維持」が刑罰目的であるとする見解を、次のように主張する。犯罪行為は、①「客体の現実的な侵害その他の現実的な……影響」を生じさせるものであるが、それは同時に、②「観念的な結果にも結びつく。犯罪行為は法の侵害であり……法の妥当性および法状態を脅かすものである。行為者は、自らの犯行について責任がある場合、これらの現実的な側面〔＝①〕に対するのと同様に、観念的な結果、すなわち法関係の侵害、法状態および法的妥当性の侵害〔＝②〕についてもまた責任がある」。ただ、このうち①は、刑罰によっては除去することができず、その補償は民事法の問題である。それに対して、「観念的な結果〔＝②〕のみが……刑罰の助けを借りて取り除かれうる」。したがって、「刑罰を投入する目的は、法状態、すなわちわれわれを理性に方向づけ……順調な共同生活をもっともよく保証するものと

228) Frisch 2000, S.282f.

229) Frisch 2000, S.277.

230) Frisch 2000, S.274.

231) Frisch 2000, S.274f. ここでは、——BGHがかつて中心的な刑罰目的としていた——贖罪、応報、そして責任清算に、最近では、正面からの言及がないということが指摘される。

232) Frisch 2000, S.276ff. 責任刑が一般予防に役立つとの主張は広く行なわれているが、実証的に確認されていないこと（S.277, Fn.30）などが述べられる。

考えられ、それゆえにその維持が国家の中心的任務とされる状態の回復および維持にほかならない」²³³⁾。彼によれば、この見解は、「絶対的の刑罰観ではなく、まったく目的合理的な刑罰観」とされる。しかし、それは現代の絶対的刑罰理論の代表的論者であるケーラーが、自説の刑罰論を『無意味かつ無目的』という意味で絶対的なものでは決してない」と説明しているのと同趣旨であって²³⁴⁾、従来の用語法を前提とすれば、その主張の実質は、絶対的応報刑論の系譜に属するものである²³⁵⁾。

さて、ここまで述べてきたところを量刑基準に反映させれば、いわゆる責任刑一元論が導かれそうである。しかしフリッシュは、「法の回復」という一元的な刑罰目的と、内容豊富な多元的な量刑基準を、次のように結びつける。「刑罰の基本的な目的が法の回復および法状態の維持であるという洞察は……基本的な刑罰目的からみて、有責な不法の程度のみが重要というわけではありえないことをも明らかにする。法の回復のために何が必要かは、一連の別の要因によっても少なからず影響される」²³⁶⁾。すなわち、「それまでは非の打ち所がなかった行為者は……とくに軽い（責任）刑を科され」、「すでに繰り返し罪を犯し、

233) Frisch 2000, S.278f.

234) Köhler, a.a.O. Anm. (206), S.40. フリッシュは自説が絶対的刑罰論ではないことを述べるにあたってケーラーのこの論述を引用している。

235) Frisch 2000, S.278 Fn.34は、「法の否定の否定」という刑罰の意義について、基本的にヘーゲルを参照することを指示している。フリッシュの理解はおそらく、ヘーゲルの見解も厳密には絶対的刑罰理論ではないというものであろう。「絶対的」という言葉を文字通りの「無目的」という意味で用いる限りで、それは正しいかもしれない。ただ、従来の議論では、「絶対的」という用語はそこまで厳密な使われ方をしてきたわけではなく、刑罰には即物的な（とりわけ予防という）目的に還元されない観念的な意義があるという程度の意味で用いられてきたとあってよい。本稿でも、さしあたりそのような理解を前提に、ケーラーやフリッシュの見解を、「絶対的」応報刑論と呼ぶ（なお、そのような用語法に対する批判として、Karl Heinz Gössel, Wesen und Begründung der Strafrechtlichen Sanktionen, FS-Pfeiffer, 1988, S.14〔井田訳「刑事制裁の本質と根拠」宮澤＝井田監訳『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〕を参照）。

236) Frisch 2000, S.280f.

それによって法秩序との関係が壊れていることを認識させる者は、より重い刑を科される」ということは、従来特別予防的考慮によるものと考えられてきたが、実はそうではなく、「法秩序の回復という見地からして（すでに）必要と思われる刑」を科しているにすぎない²³⁷⁾。再犯者の刑が重いことは、「一定の刑を科された後にまたもや同じ過ちを犯した者には、はじめての過ちの後においては継続的な法の回復と法状態の保証のために十分であると思われたものよりも多く（の給付ないし受忍）を……要求する強い理由がある」²³⁸⁾ ことにも根拠がある。また、一般予防に関しても、「（行為者に問責されるべき）侵害された規範の妥当性の毀損の程度にとって、その規範のその時々²³⁹⁾の妥当状態もまた決定的に重要である。その妥当性と承認が——その侵害が頻発していることを理由に——とにかく弱められている規範の無視は、そのような……問題がない規範の無視よりも、（規範の妥当性にとって）危険である。そのことは、この場合に……規範の妥当性の強化のために、（一定の限界内で）より強く反応することを正当化する」。「ここでもまた、一般予防への言及は……実際には規範的に正当化されている……刑の加重のためのお飾り（Beiwerk）および見せかけの根拠づけにすぎない」²³⁹⁾。「有責な不法の外にあって、法の回復のために必要なもの〔＝刑〕を決定するためにまさに意味がある一連の諸事情を処理するための（適切な）枠組みが、判例にはない。予防目的への言及は、この欠点を埋め合わせる試み以外の何物でもないのである」²⁴⁰⁾。

このようにフリッシュの見解は、刑罰目的レベルにおいては、予防目的を排し、「法の回復」を唯一の目的としながら、量刑基準レベルでは、①責任刑の程度を基礎としつつも、②「法の回復」のために何が必要かを、規範の妥当状況や行為者の状況に照らして判断するという多元的なアプローチを志向してい

237) Frisch 2000, S.304f.

238) Frisch 2000, S.285.

239) Frisch 2000, S.305f. Vgl. auch S.281, 285.

240) Frisch 2000, S.306.

る点で²⁴¹⁾、ケーラーに代表される絶対的刑罰理論とは若干の理論構成上の相違はある。もっとも、上記②の考慮は、ケーラーが、不法の社会的理解を援用することなどによってあくまで責任相当刑の内部で説明しようとしていたこととその内実において異ならず、両者の意図しているところは、非常に似通っている。このように絶対的応報刑論の系譜に連なる刑罰理論をベースに、刑罰論全体から予防目的をはっきりと排除しつつ、一定の理論操作によって、従来予防に関連するとされてきた事情を取り込むアプローチ²⁴²⁾は、現在のドイツにおいて、少数ながら、確かな地位を得ているといえるだろう²⁴³⁾。

4 犯行と均衡した量刑の理論（犯行均衡説）

(1) 総説

最近のドイツでは、「犯行均衡説（Tatproportionalitätstheorie）」または「犯行と均衡した量刑の理論（Die Theorie tatproportionaler Strafzumessung）」と呼ばれる、新たなアプローチが注目を集めている。これは、英語圏および北欧において、特別予防（社会復帰）思想に基づく不定期刑制度が機能していないとして批判されたことが契機となって有力化した量刑（ないし刑罰）理論が²⁴⁴⁾、ドイツに波及したものである。その基本的なコンセプトは、具体的な刑の重さが、問責の対象となっている犯行との均衡性（Tatproportionalität）、ないしそれに

241) 岡上2006・35頁以下も、ケーラーやフリッシュと同じく予防目的を排した「正しく理解された応報刑論」から、①行為責任刑（本来的責任刑）のみならず、②犯行外の事情（犯行後の法適合的態度としての自首、真実解明への協力、損害回復、懲戒解雇など他の公的制裁がすでになされた場合、刑罰による苦痛がとくに大きい場合など）による刑の軽減を問題とする多元的基準を導き出している。

242) 同様の方向性に基づく量刑論として、Georg Freund, Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung, GA 1999, S.509ff., insbesondere, S.532ff.

243) たとえば、Albrecht 1994, S.37ff.における量刑理論の学説分類を参照。

244) Vgl. Frisch in: Tatproportionalität 2003, S.1, 16; v Hirsch / Jareborg 1991, S.5. 犯行と均衡した量刑は、フィンランドやスウェーデンの学説および実務において支配的であり、アメリカ合衆国やカナダで影響力を持ち、イギリスにも有力な賛同者があるとされる。

照らした「ふさわしさ (Verdienst)」という回顧的な基準によって決められなければならないということにある。それは、刑の重さが、あらゆる功利的な考慮 (たとえば予防の必要性) によって左右されることに、非常に消極的である。

犯行の重大性 (責任の重さ) を唯一の基準とする見解は、従来のドイツ量刑論においては、絶対的応報刑論の代名詞であった²⁴⁵⁾。しかし、犯行均衡説は、量刑基準を刑罰目的 (たとえば応報) の帰結としてはなく、それとは別の——道徳的な正当性を意識した——原理によって導くものであり、絶対的応報刑論とは一線を画している。両者の示す具体的帰結にも、かなりの相違がある。とくに最近のドイツの絶対的応報刑論は、前述のように、予防目的の考慮による刑の個別化を批判しながら、不法・責任の評価 (またはその量刑への具体化の過程) に、判例実務が予防的観点において考慮してきた事情を取り込んできた。それに対して、犯行均衡説の代表的論者は、量刑における予防的考慮を否定するとともに、考慮しうる量刑事情そのものを、従来よりも著しく削減することによって、量刑の恣意性、不平等性を回避し、その予測ないし比較可能性を飛躍的に高めることを真剣に意図している²⁴⁶⁾。そのような試みが成功しているか否かはともかく、犯行均衡説が、停滞気味であったドイツ量刑論に新風を吹き込み、議論を活性化させる役割を担ったことは確かである。以下では、この新しい量刑理論をめぐる議論を概観する。

(2) ドイツにおける犯行均衡説の端緒

ドイツにおいて、伝統的な責任応報刑法は (責任主義によって制約された) 予防刑法に取って代わられたことを確信する立場から、犯罪均衡説につながる主張をいち早く行なったのは、ベルント・シューネマンであった²⁴⁷⁾。彼は、判例

245) Vgl. Hörnle 1999, S.126.

246) 犯行均衡説に立脚しない論者による評価として、たとえば、NK-Streng 2005, § 46, Rn.109; ders., in : Tatproportionalität 2003, S.129f.を参照。

247) Schünemann 1987. ほぼ同旨の主張として、すでに、ders., aa.O. Anm. (221), 1984, ins-

の幅の理論は「恣意性の巢窟」²⁴⁸⁾であり、その「実践的な帰結は耐え難い」²⁴⁹⁾という。それによれば、「事実審裁判官(幅の上限および下限を示す必要はない!)は、ほとんど好きなように予防的考慮を流入させたり、考慮せず放置したりでき、また被告人の非合理的な印象やその公判中の態度が……量刑に大きく影響することを容認でき」る²⁵⁰⁾。そのような弊害を避け、量刑の平等と計測可能性を確保するためには、評価の対象となる量刑事情を著しく限定すること、とりわけ「行為者人格の詳細」を排斥することが必要不可欠であるというのである²⁵¹⁾。そのうえで、シューネマン自身は、「責任応報刑法の予防刑法への転換」を量刑にも及ぼすべきであるとして²⁵²⁾、刑罰の中心的な根拠づけ(および量刑決定)に役立つ予防目的は何かを検討する²⁵³⁾。そして、いわゆる統合予防(積極的一般予防)論を主張するロクシンの見解を支持して²⁵⁴⁾、「より重い制裁により、犯行の重大な無価値性が伝達され、逆もまたしかりである」という考慮から、量刑における「犯行の重大性(すなわち無価値性の程度)に即した……方向づけ」

besondere S.187ff. シューネマンの量刑理論に賛同するものとして、H-J Albrecht 1994, S.50ff.

248) Schünemann 1987, S.209. 別の論稿では、幅の理論を「文化的な遅滞」とまで述べている(ders., Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in : Hirsch / Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S.159f.)。

249) Schünemann 1987, S.212.

250) Schünemann 1987, S.212f.

251) Schünemann 1987, S.226f.

252) Schünemann 1987, S.213.

253) Schünemann 1987, S.214ff., 221ff. そこでは、刑罰による再社会化は行刑の現実にかんがみてほとんど幻想であること、保安特別予防は比例性原則の下で限定的にのみ刑罰根拠づけ機能を果たしうること、威嚇一般予防は特定した刑の重さにつながらないことなどが述べられる。

254) Schünemann 1987, S.219f. もっともシューネマンは、1998年の論文では、積極的一般予防論への過度の傾倒について、反省すべき点があったとしている(Vgl. Schünemann, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in : Schünemann / v Hirsch / Jareborg (Hrsg.), a.a.O. Anm. (226), S.113, 119ff.)。

を導くのである²⁵⁵⁾。

ここまでは、積極的一般予防論を根拠に、犯行の重大性（責任の重さ）に応じた量刑が要請されるとするロクシンらの見解と基本的に同じだろう。ところが、シューネマンは、刑罰目的（統合予防）と量刑基準（犯行の重大性）を結びつけうるのは、「多くの、しかし全てではない事例において」²⁵⁶⁾であることをはっきりと認める点に、特色——同時に、現在の犯行均衡説との接点——がある。彼によれば、殺人のような「重大犯罪の場合、禁止規範……はわれわれの共同体に深く根付いて……いるから……制裁を科さない場合も、規範承認が崩り崩される心配はほとんどない」²⁵⁷⁾。とすると、統合予防論——それは、刑法規範が国民の規範意識において承認されている（がゆえに、なかなか破られない）という状態を、その違反を処罰することによって維持し、法益を保護しようとする構想にほかならない——によって処罰の必要性が根拠づけられうるのは、軽い犯罪か、せいぜい中程度の犯罪についてである²⁵⁸⁾。重大犯罪の場合には、その禁止の正当性は、処罰の手を借りるまでもなく、誰も疑わないほどに定着しているから、その重い処罰を、統合予防論によって根拠づけることはできないというのである。それゆえ、「刑罰の可否と程度を、期待される一定の社会的効果〔＝統合予防効果〕に完全に依存させることはでき」ず、「規範的な補足が不可避」であるとされる。つまり、統合予防の見地から、犯行の重大性に即した量刑基準の「基本的正当性が承認された後は、個々の事例で、まさにその個々の科刑が……社会統制のために必要であるという（裁判においてはおよそ不可能な）証明が要求されることにはもはやなりえない」のであり、その基準の、平等原則にしたがった運用が期待される²⁵⁹⁾。このように、刑罰目的のストレートな反映としては説明できない、「規範的」な考慮を、量刑基準の安定化

255) Schünemann 1987, S.223.

256) Schünemann 1987, S.223.

257) Schünemann 1987, S.221.

258) Schünemann 1987, S.221.

259) Schünemann 1987, S.223f., 225.

のための鍵とみるところに²⁶⁰⁾、今日の犯行均衡説の論者の主張との連続性をみることができる。

もっとも、シューネマンの「犯行均衡説」は、いささか看板倒れの感がないわけではない。というのも、総論的には、上述のように人的要素の排除による量刑判断の予測可能性の確保を強調しながら、各論的には、「犯罪的エネルギー」、「刑罰感痛性」、あるいは「法益関係的な……犯行前後の態度」といった個別化要因を承認し²⁶¹⁾、また非社会化の回避という特別予防的な考慮による刑の軽減や、保安的な見地からの例外的加重を肯定する²⁶²⁾など、基本思想の徹底は図られていないのである。現在の犯行均衡説との連続性をうかがわせる「規範的な補足」についても、平等原則などに形式的に言及しているだけで、その「道徳的な構想がどこから導かれるのか、いかにして犯行均衡原理の基礎づけに役立つのかを論じていない」²⁶³⁾。その意味で、シューネマンの見解は、ドイツ量刑理論の新たな展開に端緒を開いたものとして評価されうるが、「犯行均衡説」としては、なおその展開の途上にあったと位置づけるのが相当である。

(3) ドイツにおける犯行均衡説の本格的展開

ア 総説

英語圏や北欧において有力である「犯行と均衡した量刑」という考え方を、ドイツ量刑論にまとまった形で持ち込んだのは、アメリカ合衆国の量刑思想の転換において一定の影響を持ったアンドリュー・フォン・ヒルシュとスウェーデンにおける犯行均衡思想の推進者であるニルス・ヤーレボルグである。彼らは、1991年の共著『刑量と刑罰正義 (Strafmaß und Strafgerechtigkeit)』において、「出自と異なる法秩序への取り組みはリスクを伴う」ことを認識しなが

260) Vgl. auch Schünemann, in : Tatproportionalität 2003, S.187ff., 195ff.

261) Schünemann 1987, S.227.

262) Schünemann 1987, S.217ff.

263) v Hirsch / Jareborg 1991, S.11.

ら、犯行均衡思想がドイツの量刑実務にとってもよりよい指針となるであろうことを確信して²⁶⁴⁾、新しい量刑理論を本格的に展開し、その後も精力的に活動している²⁶⁵⁾。さらに最近、この理論の導入を支持するとともにその徹底を図り、ドイツの犯罪体系論との統合を試みているのが、シューネマンの弟子のタティヤーナ・ヘルンレである²⁶⁶⁾。これらの論者の見解は、少なくともその中核部分においては同じ論理に基づいていることから、以下では、それらを一体的なものとして扱い、論者によって異なる箇所については個別に触れることとする²⁶⁷⁾。

イ 刑罰の本質としての「無価値評価の表現」に依拠した犯行均衡原理の正当化

犯行均衡説がその出発点とするのは、刑罰制度一般の正当化と、具体的な刑

264) v Hirsch / Jareborg 1991, S.69.

265) Vgl. von Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel (zusammen mit Tatjana Hörnle), Die Übelzufügung als Element der Strafe, in : Schünemann / v Hirsch / Jareborg (Hrsg.), a.a.O. Anm. (226), S.83ff., 101ff. ; ders. in : Tatproportionalität 2003, S.47ff. ; Jareborg, in : Tatproportionalität 2003, S.141ff. usw. フォン・ヒルシュの刑罰論・量刑論の紹介として、鈴木晃「非難と制裁－アンドリュウ・フォン・ヒルシュの見解を中心として－」社会科学研究19巻1号(1998)119頁以下、同「量刑と非難」同20巻1号(2000)41頁以下、本庄2002(3)・180頁以下など参照。

266) Vgl. Hörnle, Positive Generalprävention und Tadel (zusammen mit von Hirsch), in : Schünemann / v Hirsch / Jareborg (Hrsg.), a.a.O. Anm. (226), S.83ff. ; dies. 1999 ; dies., Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S.1080ff. ; dies., Die Opferperspektive bei der Strafzumessung, in : Schünemann / Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S.175 ; dies. in : Tatproportionalität 2003, S.99ff. usw.

267) なお、この理論の思想的背景には、アメリカの分析的道德哲学において、功利主義の限界とそれに還元されない「正義」の重要性を説き、実質的正義論を復興させた戦後の諸学説(ジョン・ロールズなど)があるとされる(v Hirsch / Jareborg 1991, S.20f. ; v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.47.)。しかし本稿では、量刑理論としての犯行均衡説およびその基礎づけの部分に絞って検討を加える。

の分配の正当化は区別すべきであるという、有名なH.L.A.ハートの見解²⁶⁸⁾である²⁶⁹⁾。伝統的には、量刑基準の前提として、刑罰目的すなわち「何のために刑罰を科すのか」を確定することが必要であるとされてきた²⁷⁰⁾。それに対して、犯行均衡説では、「刑罰理論から量刑理論への直接的な変換は排斥される。たとえ刑法システムが…予防的に正当化されるとしても、量刑のルールがそれにしたがる必要はない。ある制度の適用ルールは、その制度の存在根拠と一致する必要はない」²⁷¹⁾と明言される。そこで、刑罰目的論における一定の立場表明²⁷²⁾は、特定の量刑原理にはつながらず、それについては別途論証が要請されることとなる。

では、何が量刑基準としての犯行均衡原理を——「道徳的」ないし「もっぱら規範的」に²⁷³⁾——正当化するのだろうか。ここでポイントとなるのは、刑罰の本質的特徴としての、「害悪付科」と「無価値評価の表現」という2つの機能である²⁷⁴⁾。犯罪に対する刑罰は、犯行遂行を理由とする「害悪の付科」であることは疑いないが、それにとどまらず、犯行についての「叱責 (Tadel)」、 「否認 (Mißbilligung)」あるいは「無価値評価 (Unwerturteil)」を「表現・伝達する機能 (expressiv-kommunikative Funktion)」を内包している²⁷⁵⁾。罰金刑と

268) H.L.A.Hart, Punishment and Responsibility, 1968, pp.8-11.

269) Vgl. v.Hirsch / Jareborg 1991, S.11 ; Hörnle 1999, S.125ff., 388.

270) 前掲第1章注8ないし11に挙げた諸文献を参照。

271) Hörnle 1999, S.388.

272) フォン・ヒルシュは、刑罰による害悪付科が犯罪予防に役立つのであればそれを放棄できるとしており、刑罰制度の目的を一般予防に求めている (v Hirsch / Jareborg 1991, S.15f. ; v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.58)。ヘルンレは、基本的には一般予防論に好意的であるが、衝動的に行なわれる殺人や性犯罪などの重大犯罪においては、予防による正当化は合理的ではないとして、統一的な説明を断念している (Hörnle 1999, S.108ff., 121ff.)。

273) v Hirsch / Jareborg 1991, S.11. ; Hörnle 1999, S.133.

274) Vgl. v Hirsch / Jareborg 1991, S.12ff. ; v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.50ff. ; Duff in : Tatproportionalität 2003, S.27ff. ; Hörnle 1999, S.135ff.

275) Hörnle 1999, S.112. 叱責 (Tadel)、否認 (Mißbilligung) および無価値評価

税金は、事実的な害悪の付料という点では同じであるが、そこに犯行を叱責する意味づけが込められているかによって、はじめて区別されうるというわけである²⁷⁶⁾。犯行均衡原理は、この観点から導出される²⁷⁷⁾。「刑罰が叱責を含むという場合、特定の犯行に対する刑の程度によって、その犯行がどの程度叱責されるのかが表現される」。同じ重さの犯行をおこなったAとBに対する有罪判決にあたって、再犯のおそれの強いAに、そうでないBよりも重い刑を科すという場合、「Bの犯行は、叱責に値する程度においてはAと同程度なのに、より厳しい処罰によって、より強く否認されたという異議」が避けられない。こうして、犯行均衡原理によらない量刑では「公正 (Fairneß) という基本原則が害される」ことになる²⁷⁸⁾。

このような論証に対しては、ただちに、「刑罰を単に特定の内容の制度として想定し、そこから帰結を引出している」²⁷⁹⁾にすぎないのではないか、すなわち、それは循環論法ではないかとの疑問が思い浮かぶだろう²⁸⁰⁾。しかし、これ

(Unwerturteil) の概念は、犯罪均衡説の論者によって互換的に用いられている。それは、犯行に対する処罰が、「行為の善悪はともかく、防止する必要があるから不利益を加える」というような価値中立的 (没価値的) な制裁ではなく、「それは悪いことだ。是認できない」というマイナスの価値判断を示す制裁であるということを含意する。これを「非難」と言うことも可能であるが、狭義の責任非難との混同を招くおそれもあることから (本庄2002 (3)・182頁注289参照)、本稿では上記訳語をあてることとした。なお、刑罰の無価値評価を表現する機能に関する古典として、Joel Feinberg, Doing and Deserving, 1970, pp.95-118. Vgl. auch Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, FS-Lüderssen, 2002, S.217f.; 滝川裕英『責任の意味と制度』(2003) 197頁以下。

276) 佐伯(仁)「刑法の基礎理論」法学教室283号 (2004) 45頁は、刑罰と保安処分の違いに関して、このような観点を強調する (後掲第3章第2節参照)。

277) v Hirsch / Jareborg 1991, S.12.

278) v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.59.

279) Vgl. Frisch in : Tatproportionalität 2003, S.6.

280) 刑罰における「害悪と無価値評価の対応関係」があらかじめ固定されているからこそ、本文のような説明になるのであって、「刑の重さが犯行に対する無価値評価のみならず、予防の必要性によっても決められる」というルールを先に決めてしまえば、AとBに異なった刑を言い渡すことは、両者を異なった程度に叱責することを必ずしも意味しないから、犯

に対し、犯行均衡説の論者は、「刑罰と無価値評価の結びつきは、特定の国家の量刑準則よりもずっと根が深い」²⁸¹⁾、あるいは「共通の前提 (Konvention)」である²⁸²⁾、などと反論する。「科される害悪の程度を変更すれば、それが犯罪予防という理由から行なわれた場合であっても、必然的に刑罰〔における無価値評価〕の重さを変更する」²⁸³⁾から、「有害な行為に対する応答として叱責する制度を創設した以上、直ちに、制裁をその犯行……と均衡するように正しく配分しなければならない」²⁸⁴⁾というのである²⁸⁵⁾。

ウ 特別予防的考慮の問題

このように犯行均衡説の論理は、それ自体として、予防的考慮と対立するものであることが明らかだろう。それゆえ、犯行均衡説の論者は、量刑判断における特別予防的考慮の適用領域を、「同等の重さの制裁の間の選択」に限定すべきこと、すなわち予防が刑の「重さ」の変更に関係についてはならないことを強調している²⁸⁶⁾。もっとも、犯行均衡原理を、およそ例外を許さないものでは

行均衡説のこのような不公平は問題にならないのではないか、ということである。

281) v Hirsch / Jareborg 1991, S.14

282) Hörnle 1999, S.135.

283) v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.59f.

284) v Hirsch / Jareborg 1991, S.15.

285) さらに、このような無価値評価の伝達という手段の利用がいかなる理由で正当化されるのかをめぐる犯行均衡説の論者の議論については、後掲第3章第2節参照。

286) v Hirsch / Jareborg 1991, S.31f.; v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.77f. 同等の重さの2つの制裁が考えられる限りで、その間の選択を別の(たとえば特別予防の)考慮によって行なうことは、犯行均衡原理に抵触しない。この原理は刑の「重さ」を扱うものであり、個別事例におけるその「形態」を問題にするものではないからである。もっとも、この局面における犯行均衡説と位置価説との相違に注意しなければならない (Vgl. Hörnle 1999, S.397)。位置価説では、犯行の評価によって決められた具体的な刑期(たとえば6月の自由刑)に執行猶予を付けるかどうか、予防的考慮によって判断される。それに対して、犯行均衡説のモデルでは、犯行の評価によって決定された刑の重さを変更しない限りで、予防的考慮に応じてその形態を選択しうるが、その「重さ」は「刑期」とイコールではないとされる。たとえば、6月の自由刑実刑と1年6月の執行猶予付自由刑がほぼ同じ「重さ」

なく、一定の範囲内での「緩和」を許容するものと解釈することも、はじめから検討に値しないとまではいえないかもしれない。しかし犯行均衡説の論者は、その可能性について、次のような考慮によって否定的な回答を与えている。

フォン・ヒルシュは、きわめて限定された範囲での（たとえば全体の刑量からみて、5ないし10パーセント程度の）均衡性の逸脱を認めることは、処罰の公正さにおいて過大ではないということに一定の理解を示す。しかし、それでは結局効果がないという。可視的な効果を上げるには、刑量にはっきりとした差を設けなければならないが、「大きな差異は、著しく均衡性に反する。……しかし刑量の差異を適度なものとどめれば、予防的有用性は限定的にしか期待できないか、あるいは付加的なものとしては期待できない」というのである²⁸⁷⁾。

これに対して、ヘルンレは、刑量決定における特別予防的考慮の可能性について、より包括的な検討を加えている。まず、①特別予防的量刑の前提としての再犯予測について、——前述のハルト－ヘーニヒと同様——「予測に用いられる手法がほとんど有用でない」ことを指摘する²⁸⁸⁾。次に、特別予防的加重的な考慮に関して、②「傍若無人で感情に乏しい」とされた被告人に対する、再社会化の必要性を理由とした加重は、自由刑における処遇効果への懐疑が「今日ではほとんど一般常識」であって、「せいぜい、一定の行為者グループおよびそれに着目した処遇プログラムについて、それなりの積極的な効果がある場合

と考え、その間の予防的考慮による選択を許すのである。したがって、特定の刑期を前提に、再犯可能性の考慮によって執行猶予の許否を判断すべきであるとするドイツ刑法56条には、批判的な態度がとられることになる（v Hirsch / Jareborg 1991, S.62ff.; Hörnle 1999, S.191ff.）。

287) v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.78. Vgl. auch v Hirsch / Jareborg 1991, S.24, 32ff.

288) Hörnle 1999, S.85f.

289) Hörnle 1999, S.86f., 333. 処遇効果のありそうな者を選別して適切なプログラムを割り当てることができたとしても、それは実験的な試みにすぎず、また人格に対する集中的な介入を伴う以上、強制的な実施は正当化されないし、またそのカテゴリーに入らない人はどうするのかという問題は残るとされる（S.87f.）。

もあるということが言えるにとどまる」ことなどに照らして疑問があるとし²⁸⁹⁾、③特別威嚇を理由とした刑の加重も、そもそも刑の重さが犯行の決意に影響するものであるかは経験的に検証されていないから正当化できないとする²⁹⁰⁾。④きわめて重大な性犯罪や殺人の再犯のおそれが顕著である者に対する保安の必要性については一定の配慮を見せるものの、その役割を引き受けるのは、ドイツ刑法における（刑と処分の）二元主義の下では、処分にほかならないなどとして、結局反対している²⁹¹⁾。ここまでは、特別予防的量刑に反対する見解がしてきた主張をほぼ踏襲するものといえるだろう。

ヘルンレの見解に特徴的なのは、圧倒的多数説の支持を受けている、⑤「社会に適合的な行為者」の非社会化を回避するための刑の軽減についても、独自の分析をしていることである²⁹²⁾。彼女によれば、そのような軽減の正当性は、多くの論者が考えているほど自明の理ではないとされる。職業や家庭の安定している者や市民的な思慮を持った者を優遇することは、そのような者に対する裁判官の信頼ないし共感をあらわすものにすぎないとの疑いもあるし、「反面、必然的に、それ以外の者の不利益取扱いを意味する」²⁹³⁾から、慎重な理由づけが必要だというのである。そして、その可能性として、自由刑の非社会化効果により高められる再犯の危険は、一般人にとっても好ましくないという考慮がありうるとしながらも、「社会的に控え目な人について、〔刑の執行による〕高められた再犯の危険を想定することは、より社会に統合されていない人〔有する再犯の危険〕と比較する場合、合理的ではない」²⁹⁴⁾と述べる。これは、犯罪傾向がそれほど進んでいない行為者に自由刑を執行することが、その者の状況をかえって悪化させ、再犯のおそれをむしろ高める場合には、それを回避す

290) Hörnle 1999, S.333f.

291) Hörnle 1999, S.334f.

292) Hörnle 1999, S.336ff., 347.

293) Hörnle 1999, S.338.

294) Hörnle 1999, S.338.

るために刑を軽減する必要があるという通説的な論理²⁹⁵⁾に、次の理由で反対するものである。すなわち、受刑によって高められうる再犯のおそれは、その者がもともと社会性の豊かな者であることかんがみれば、社会不適合者のそれと比べて大きなものではありえない。したがって、再犯からの一般人の保護は、社会性に富む者を、社会不適合と区別して扱う理由たりえないということである。

さらに注目に値するのは、以上にもかかわらず、ヘルンレは、行為者の非社会化の回避という観点が、刑量の決定にとって無意味だと言っているわけではないことである。彼女は、行為者の非社会化を防ぐという目標においては、自説と通説には差がないが、そのためにとる戦略が異なるという。すなわち、従来、非社会化の回避のための刑量軽減は、「個別的に、また選択的なやり方で、一定の行為者グループに対して」なされるものと考えられ、そこでは、「社会的によく適合した行為者」の社会的・職業的な状況が、自由刑に服することで悪化することがとくに問題にされてきた²⁹⁶⁾。しかし、「各行為者の個人的な特殊事情に着目するのではなく、執行される自由刑はすべての受刑者にネガティブな帰結をもたらすという想定から出発する」という選択肢もあり²⁹⁷⁾、それが支持されるといふ²⁹⁸⁾。すなわち、たとえば失業することは自由刑に処せられることの典型的な帰結であるのに、一定の職業にある者（公務員、医者、弁護士など）だけが、その法律上の資格停止という効果を考慮して特別に優遇されるのは不公平であるとする。職を有する全ての者にとって自由刑がネガティブな帰結をもたらすならば、刑の軽減は全ての被告人に拡大されるべきであって、そ

295) Vgl. Roxin 1978, S.201f.; Jescheck / Weigend AT, S.879; NK-Streng 2005, § 46, Rn.34; Schäfer 2001, Rn.475; B-D Meier 2005, S.772 usw.

296) Hörnle 1999, S.336f. 例証として、Horstkotte, zitiert bei Roxin 1977, S.479; LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.22のほか、BGH 24,40 [42f.] などの一連の判例が挙げられている (Fn.60, 62)。

297) Hörnle 1999, S.337.

298) Hörnle 1999, S.346f.

うだとすれば、「非社会化の回避という構想を、具体的な個人やその集団に関連づけるのではなく、一般的な基準として理解すべき」²⁹⁹⁾ということになる。このように、ヘルンレは、社会的に恵まれた環境にある者と社会不適合とされる者の差別的な取扱いを望ましくないものとみる思想を背景に、非社会化の回避のための刑量軽減を、一般的に（すべての者について一律に）考慮することで、犯行の重大性に応じた処罰の（相対的）平等性を要求する犯行均衡原理と、刑罰の行為者に対する有害な作用を考慮した刑の軽減の必要性の両立を図っているのである。

エ 予防的考慮の「代替的基準」の問題——刑罰感痛性の考慮について——

量刑における予防的考慮の否定は、狭義の犯情に属さない量刑事情をおよそ排除することに直結しないということは、前節までの検討ですでに明らかになっている。通説的な理解では、「犯行の重大性に応じた刑の具体化」の中に、すでに犯情以外の事情を考慮する契機——たとえば刑罰感痛性——が含まれているのである³⁰⁰⁾。これに対して、犯行均衡説に属する論者は、単に理論構成においてのみならず、実践的帰結においても、狭義の犯情以外の事情が刑の重さに影響を与えることをできる限り避けようとする傾向にある。ここでは、その一例として、前述の刑罰感痛性の考慮に対する犯行均衡説の論者の態度をみていくこととする。

犯行均衡原理を強調しながら、刑罰感痛性の考慮を積極的に認めることへの根本的な疑問は、ハンス・イェルク・アルプレヒトの次の論述に明快にあらわれている。「刑罰感痛性が重要な役割を演じるとする場合、そこから……〔犯行均衡〕原理を疑わしいものに引き戻してしまう問題が生じる。つまり、刑罰

299) Hörnle 1999, S.347.

300) 前掲本節 3(2)を参照。なお、ドイツ量刑論においては、人的要素をできる限り捨象した「純粋な行為責任」概念によって、責任判断と予防判断を徹底的に区別しようとした試みがあったが、その論者においても、刑罰感痛性の考慮は積極的に肯定されている（M / G / Zipf AT II, § 63, Rn.7ff., 118ff.; わが国では、川崎1991・92頁以下、188頁以下）。

感痛性の導入によって、犯行均衡性の熟慮によりまさに押し込められるべきであったはずの不確実さの潜在的可能性が、再び開封されてしまう」。刑罰感痛性の測定のためには、「人格が分析し尽くされうる、徹底した総合的調査」がなされるからである³⁰¹⁾。量刑事情を削減し、裁判官の裁量判断の余地をできる限り排除しようとする犯行均衡説の問題意識による限り、このような量刑事情の考慮には消極的にならざるをえない³⁰²⁾。フォン・ヒルシュも、当初は刑罰感痛性の考慮にさほど抵抗を示さなかったものの³⁰³⁾、最近の論稿では、「刑の重さの評価は、特定の個人の好みに依存しない。……被拘禁者の中には、閉所恐怖症の者もいるかもしれないのである」として、これに批判的である³⁰⁴⁾。

ヘルンレは、ドイツ量刑論における通説の見解が、「責任相当刑の量定では、客観的に平等な刑ではなく、個人的な刑罰的苦痛（individuelle Strafleiden）が平等であることが肝心である」として、刑罰感痛性の意義を広く承認していることを、刑罰の重さを主観的基準によって評価するものとして強く批判する。そこでは、刑に対する個人的な感覚の把握は不可能であること、主観的基準にしたがえば、罰金刑が日数罰金制では済まずに金銭に対する個人的選好に依存すること、また自由刑も同じく受刑者の時間感覚に左右されてしまうことなども指摘されるが³⁰⁵⁾、さらに、「犯行均衡量刑の構想の見地から」次のような疑問があるとされる。主観的基準にしたがうならば、「犯行の評価の際に何度と

301) H-J Albrecht 1994, S.52.

302) その意味で、シューネマンの見解が犯行均衡説としての特徴を十分に備えていないことにつき、前掲本節4(2)を参照。

303) v Hirsch / Jareborg 1991, S.56.

304) v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.70f. Vgl. auch Duff in : Tatproportionalität 2003, S.35. フォン・ヒルシュは、法益侵害の評価基準として、類型化された個人の「生活水準（Lebensstandard）」——彼はこの概念を、人がよき生活を送るために一般的に必要とする手段や能力という意味で用いており、それが具体的な被害者の事情によって左右されるものではないことを強調している——に対する影響の程度という尺度を用いることを提唱しており（v Hirsch, a.a.O., S.67ff. 奈良俊夫「量刑基準と『生活水準』」研修586号〔1997〕8頁以下参照）、この尺度を、刑罰に含まれる害悪量の評価にも応用できるとする。

305) Hörnle 1999, S.167f.

なく批判してきた行為者人格の評価が、…『裏口』から再び登場してくる。それによって、量刑の不平等性が促進されるだろう」³⁰⁶⁾。これは先のアルプレヒトと同じ問題意識である。また、刑罰における「〔無〕価値判断は、刑罰的害悪の程度と結びつけられているのであるが、この〔無〕価値判断の有効性は、もし刑罰的害悪が同等の犯行に対して区々のものとなれば、危うくなる」とも述べているが³⁰⁷⁾、これは犯行均衡説の中核にかかわる指摘である。そもそも犯行均衡原理を基礎づけているのは、「犯行の重さが同等であれば、同じ強さで叱責されるのでなければ不公正だ」という基本思想にはかならない。刑罰感痛性の考慮によって、同じ重さの犯行をなしたAとBに異なった刑が言い渡されることになれば、結局はこの基本思想と矛盾することになるのである³⁰⁸⁾。

(4) 犯行均衡性の概念について

ところで、「犯行均衡性」という概念は、犯行の重大性と刑罰の重さが釣り合っていないかならなければならないことを要求するものにかならないが、その含意ないし要請は、いくつかの観点から分類されている。すなわち、相対的均衡と絶対的均衡、および積極的均衡と消極的均衡の区別である。

相対的均衡と絶対的均衡の区別については、すでに本稿の冒頭で論じたことから³⁰⁹⁾、ここで詳論する必要はないだろう。前者は、ある犯行に対する処罰の均衡性を、他の犯行との比較において問題にする概念であり、後者は、ある犯

306) Hörnle 1999, S.168.

307) Hörnle 1999, S.169. たとえばそれによって、兵役経験があるがゆえに制約的な環境に慣れた者とそうでない者に刑量の差がつけられることになればとても正当化できないし、ひいては、量刑一般において行為者の社会的地位を考慮する「階級司法」につながると思われる。

308) なおヘルンレは、本文で述べたところにしたがって、客観的基準によることを大原則としながら、①感痛性の段階的な程度の差にとどまらない「重大な事情」があり、②それが個人調査や主観の綿密な分析に依存せず争いなく認識できる「明白な差異」である場合には、「原則からの例外であることをはっきりさせたうえで」主観的基準を導入することが正当化されるとし、余命わずかな重病の事例で刑罰感痛性を考慮した判例には賛成する。

309) 前掲第1章第2節参照。

行に対する処罰が重すぎ、または軽すぎないかを、「それ自体として」問題にする概念である³¹⁰⁾。犯行均衡説の論者は、犯行均衡原理がこの2つの概念を包含しうるものであるとしながらも、その重点は相対的均衡にあるということとで一致している。「同じ重さの犯行をおこなった甲と乙に異なった刑を科すことは、同じように叱責されるべき兩人に異なった重さの叱責を加えることになり、『不公正』である」という犯行均衡原理の中核的論理は、まさに相対的均衡の要請と不可分一体である。

これに対して、犯行均衡説の内部で対立がみられるのが、積極的均衡か消極的均衡かという問題である³¹¹⁾。前者は、犯行均衡性の概念を、犯行の重大性と均衡する刑を積極的に追求する、決定原理 (bestimmendes Prinzip) と捉えるもので、後者は、犯行の重大性と不均衡な刑を消極的に排斥する、限界づけ原理 (begrenzendes Prinzip) と捉えるものである。前者は、犯行の重さにできる限り正確に対応した刑を探索しなければならないという厳格な態度をとるが³¹²⁾、後者は、刑が犯行に照らして不均衡なものでなければよいというマイルドな態度をとる。その実践的な差異は、後者の消極的均衡論による場合、犯行均衡性とは別の基準（たとえば予防的考慮）を導入することが、原理を毀損することなく可能とされることである。

310) ある教師が宿題を忘れた生徒Aに、「グラウンド100周」の罰を与えたことに対する、「B君が宿題を忘れたときはグラウンド3周だったではないか」という異議は相対的均衡の問題であり、「100周もしていたらぶっ倒れてしまうから勘弁してくれ」という異議は絶対的均衡の問題である。

311) 以下について、v Hirsch / Jareborg 1991, S.23.; v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.60f.; Hörnle 1999, S.155ff.; Duff in : Tatproportionalität 2003, S.25ff., 36ff.; Frisch in : Tatproportionalität 2003, S.5f.

312) これは、いわゆる点の理論に親和的である (Vgl. NK-Streng 2005, § 46, Rn.110)。しかし、はじめから（歴史的、文化的な慣行を度外視して）存在している責任刑を、「英雄的な直観」をもって発見できるという理解を拒絶する意味では、古典的な点の理論とは一線を画したものであるとされる (v Hirsch / Jareborg 1991, S.24)。

犯行均衡説の論者の主流、たとえばフォン・ヒルシュは、前者の理解をとる。彼は、相対的均衡性の領域においては、他の基準には配慮をせずに、まさに犯行の重大性と均衡性こそが刑量を決定しなければならないと考えている。このモデルによれば、刑量決定における予防的考慮は、犯行均衡原理からの逸脱を意味するのである³¹³⁾。しかし、犯行均衡説の論者の中には、ダフのように、後者すなわち消極的均衡の要請に満足すべきであると主張する者もいる。彼によれば、積極的均衡の原理に根ざした量刑をおこなうためには、あらゆる犯罪を、連続的な重さの序列のどこかに位置づけ、常に比較できるようにしておくと同時に、刑罰についても同様の作業をおこなうことが理論的な前提となる。しかし、それは常に可能とは限らないのであるから、むしろ犯行均衡原理は消極的に不均衡な量刑を排除するものであると解し³¹⁴⁾、それによって生じた柔軟さのなかで、刑が行為者の悔悟と道徳的回復の手段としてなるべく適切なものになるように構成すべきだというのである³¹⁵⁾。もっとも、本稿においては、フォン・ヒルシュの積極的なアプローチを念頭に置いて紹介してきた。「他の基準を導入することによって、同じ重さの犯行をおこなったAとBが異なって処罰される」ことを何よりも嫌う犯行均衡説の「公正」観からして、それが首尾一貫したものであり、ダフのような消極的アプローチは、犯行均衡説の学説としての独自性をあいまいなものにするからである。

313) Vgl. v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.77ff.

314) なお、このような理解によれば、不均衡に重い量刑が排斥されることには納得がいくとしても、不均衡に軽い量刑が排斥されることを説明できないのではないかという疑問が生じるが、ダフは次のように反論する。「均衡性、厳しさおよび甘さは相対的な概念である……。〔犯行に照らして〕ふさわしいものよりも少なく処罰されている者がいるということは、それによって、他の犯罪者が、その者にふさわしいもの、すなわちより甘く設定された刑との関係で、より厳しく処罰されているということを意味する。それゆえ、〔ふさわしいもの〕より軽い刑罰は批判されなければならない」(Duff in : Tatproportionalität 2003, S.26)。

315) このアプローチは、前述した幅の理論の「限定理論」(予防刑先行アプローチ)(前掲本章第2節1(2)アを参照)に対応している。

(5) 通説からの批判

以上のように、犯行均衡説は、量刑原理を刑罰目的とは別の独自の考察から導き出し、刑の重さの決定における予防的考慮を理論的に否定するにとどまらず、実践的にも、とりわけ人的な量刑事情を著しく制限するべきこと、さらには事実審裁判官レベルでの量刑判断はすでにそのように行なわれていることをも主張するものである。このような革新的な量刑理論に対して³¹⁶⁾、通説サイドから、様々な批判が向けられるのは必至である。

第1に、犯行均衡説の論者が出発点とする、刑罰制度の目的と量刑原理の分離について、たとえばシュトレングは次のように述べている。「刑法が社会的な任務を果たさなければならないのであれば……刑罰の諸目的は、刑法の根拠づけのみならず……量刑の段階でも基準となる。有罪評価の手續の仕上げとしての量刑活動は、その機能性および有意義さを奪うことなしには、先行する目的の並びに刑法理論的な判断ルールと切り離しては考えられないからである。均衡性や公正といった新しい基準も、刑法理論の社会的機能……に取って代わることはできない」³¹⁷⁾。一定の社会的な任務が、刑法による有罪評価という営みに託されているとすれば、その営みの最終段階である量刑の基準が当該任務と無関係であってはならないという趣旨であり、刑罰目的と量刑基準の結びつきを前提としてきた従来の一般的理解からの指摘である³¹⁸⁾。

第2に、犯行均衡原理の中核に位置づけられる、刑罰のもつ本質的特徴（としての無価値評価の伝達）に依拠した犯行均衡原理の正当化にも、理論的な批判

316) もっとも、犯行均衡説にも、前述のような様々な内部的対立があり、「反主流派」の主張をもふまえて考えると、実は、従来のドイツ量刑論における対立が再現されているともいえる (Vgl. NK-Streng 2005, § 46, Rn.110 ; Frisch in : Tatproportionalität 2003, S.18ff.)。そうだとすると、犯行均衡説の独自性を強調することにはあまり意味がないのかもしれないが、本稿では、フォン・ヒルシュやヘルンレに代表される犯行均衡説の「主流派」を主たる検討対象とする。

317) Streng in : Tatproportionalität 2003, S.129. Vgl. auch NK-Streng, § 46, Rn.112.

318) Günther Ellscheid, Tatproportionale Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewahrung, FS-Müller-Dietz, 2001, S.201 ; 本庄2002(3)・183-184頁なども参照。

が向けられている³¹⁹⁾。とくに明快なのは、トーマス・ヴァイゲントの次の指摘である。「刑法的叱責が本質的に刑罰を構成し、刑罰の正当化にとって放棄できない」という想定には理由がない。「たしかに、われわれの社会的慣行によれば叱責要素があらゆる刑罰に含まれており、それゆえに『刑罰を構成する』ということは、正しい。しかしこのことは、刑罰の正当化もまた、叱責要素に基づくということをも意味するわけではない——それは、害悪付科という要素が刑罰を正当化すると言うことができないのと同じことである。刑罰が叱責と不可分に結びついていることは……叱責を表現することが刑罰の目的であることをも意味するわけではない——害悪を加えることが目的でないのと同じように。したがって、あらゆる (!) 刑罰にある叱責要素から、刑罰が犯罪と均衡したものでなければならないことを根拠づけることはできない。……不法に均衡していない (たとえば特別予防的に量定された) 刑もまた……叱責の要素を担うのである」³²⁰⁾。要するに、叱責 (無価値評価) の表現という性格は、あくまで刑罰に事実上必然的に伴うものにすぎず、決して科刑を「正当化」するものではありえないし、さらにその性格は、刑をいかなる原理で量定しようとするその不変である以上、その性格に依拠して量刑原理を導出することは不可能であるというのである³²¹⁾。

第3に、犯行均衡説の主流の論者が一致している、予防的考慮の否定につい

319) Ellscheid, a.a.O.Anm. (318) , S.209f. ; Weigend in : Tatproportionalität 2003, S.201ff. ; Kunz in : Tatproportionalität 2003, S.210ff. usw.

320) Weigend in : Tatproportionalität 2003, S.203f. ヴァイゲントは、刑罰が不可避的に行為者に対する叱責の程度を表現することになることを認めつつ、なお最終的には行為者の処遇の必要性に応じて刑が量定されるべきであるとする。

321) もっとも、このヴァイゲントの批判は、犯行均衡説の論者の主張とかみ合っていない。彼は、犯行均衡説を、叱責 = 刑罰の正当化要素 = 刑罰目的とする見解とみなしている。しかし、同説はそのように主張しているのではなく、その中核はむしろ、「一定の重さの刑を科すことは、その目的如何にかかわらず、不可避的に叱責の程度を表現することになるところ (ここまでヴァイゲントも一致している)、同じ重さの犯行をなしたAとBに異なる刑を科し、したがって異なる程度の叱責を加えるのは、『不公正』であるから許されない」という命題である。

て、位置価説に対するのと同様の見地からの批判が集中する³²²⁾。たとえば、幅の理論を支持するベルント・ディーター・マイアーは、「特別予防の目的に…まったく意義を認めないアプローチには賛成できない。……自由を剥奪する制裁に処遇効果がないことが証明できるなどというのは正しくない。まったく逆に、処遇措置が……罪種やそこにあらわされた人格的障害、欠陥に結びつけられる場合に特に効果的であるという経験的知見は、特別予防を断念して量刑プログラムから排除しないことの……動機となる」。「そのような刑事政策的に有意義な刑罰修正の手段が、量刑理論によってはじめから埋没されてしまっはならない」³²³⁾と述べている。また、とくに有害といわれる、5年を超える自由刑を回避する必要性が、ここでも強調される³²⁴⁾。

第4に、犯行均衡説の実践的関心である人的量刑事情の大幅削減についても、通説の陣営から、それが可能かつ妥当かについて疑問が寄せられる³²⁵⁾。そもそも犯行の重大性（責任の重さ）の評価に際しても、行為者の人格や生活状況、教

322) Dölling 1999, S.196 ; ders. 2003, S.57f. ; B-D. Meier 2001, S.151 ; NK-Streng 2005, § 46, Rn.112 ; ders. in : Tatproportionalität 2003, S.138f. usw.

323) B-D Meier 2001, S.151.

324) Dölling 1999, S.196. さらにNK-Streng 2005, § 46, Rn.112は、犯行均衡説を徹底すれば、初犯者に対する「非社会化の回避」のための軽減が行われないことを、批判的に指摘している。

325) Streng in : Tatproportionalität 2003, S.130ff. ; Dölling 1999, S.194f. ; ders. 2003, S.58f.

ちなみに、犯行均衡説の論者は、アルプレヒトの実証的研究に依拠して、BGHは、幅の理論を標榜し、責任の幅の内部で予防的考慮を行なうべきこと、その際行為者人格の詳細をも評価の対象に加えるべきことを指示しているが、事実審はそれに忠実ではないとする。一般予防目的が意識されるのはきわめて例外的な場合にとどまり、特別予防目的についても、個人的事情に即した再犯予測が有効に行なわれているわけではない。実際の量刑に影響しているのは、犯行の重大性（とりわけ被害の大きさ）や前科といった特定少数の要素であって、最高裁判例や支配的な量刑学説が求める、予防目的の包括的な考慮や、行為者人格の詳細に即した個別化が真剣に目指されているわけではないというわけである（H-J Albrecht 1994, insbesondere S.41, 52, 289, 333ff., 338ff., 415f., 426. ; Schünemann 1987, S.228 ; Hörnle 1999, S.31f., 35, 52ff., 75）。最近のわが国では、裁判官である安原治が、「予防

育といった要素、それらの良・不良が犯行遂行にいかなる影響を与えたかといった事情を無視することできない³²⁶⁾。また、行為責任からの人的要素の排除によって、むしろ「住民の法感情が害され、そうして刑法のもつ、規範を確証するという中心的任務にとって逆効果となる」³²⁷⁾。とりわけ、犯行均衡説によって主張されている前科の加重的考慮の否定に対しては、「実務上かなり重要であり、ほとんどの国で考慮されている（さらには法律上明記されていることすらある）事情を、量刑から排除しようとするアプローチには、問題がある」³²⁸⁾とさ

的考慮はあくまで将来予測や裁判官の主観的判断、個人差を含み可視的でない。そのような要素が量刑に大きく取り込まれた場合、当事者、特に被告人と被害者の不公平感、不透明感が生じる、「彼〔被告人〕が将来どうなるかを予測するのはとうてい無理」、「更生とか犯罪予防とかいうのは裁判官の本来の任務ではない」などと述べて、量刑の予測可能性と透明性を重視する立場から、行為責任に即した量刑を志向しており、実際の裁判における量刑判断も、「動機、態様、結果、被害回復の程度、前科といった比較的証拠により認定しやすい客観的因子を主体になされて」おり、真剣な予防的考慮など行われていないとの所見を示している（安原2000・408、416-417頁。同「情状弁護のあり方について」季刊刑事弁護8号〔1996〕25頁以下、浅田ほか「座談会・どんな情状が量刑に影響するのか」季刊刑事弁護30号〔2002〕48頁以下〔安原発言〕。木梨節夫「刑の量定基準に関する一考察」比較法〔東洋大学〕23号〔1986〕50頁もこれに近い）。もっとも、これはやはり少数派である。わが国における実務家の主流は、安原の見解にはかなり懐疑的である（原田2004・208-210頁、遠藤2005(1)・19-20頁など参照。学者による批判として、城下「裁判所の勧めによりボランティア活動を行った被告人に対し、これを有利な事情として考慮して再度の執行猶予を認めた原判決を破棄し、実刑に処した事例」判例評論476号〔1998〕55頁）。

326) これは、ドイツにおいて1970年代に主張された、「純粋な行為責任」概念によって責任判断と予防判断を厳格に区別しようとする一部の理論動向をめぐる議論において指摘されていたことである。責任能力などの評価において人的要素を排除することを排除できないことから、そのような動向は通説とはなりえなかった（岡上1993(1)・117頁以下、本庄1998(2)117頁以下など参照）。

327) NK-Streng 2005, § 46, Rn.112. これは積極的一般予防論を前提とした主張であるが、犯行均衡説の拠り所とする取扱いの平等ないし「公正」という観点においても、なぜそれが人的事情を排除したうえて判断されなければならないのかは問われうるだろう。

328) Frisch in : Tatproportionalität 2003, S.9.

れる³²⁹⁾。犯行均衡説のいう人的要素の排除が、どの程度の射程を持ちうる議論なのかは、慎重に見極められる必要があるだろう³³⁰⁾。

第5節 小括

本章では、量刑における犯行の重大性（責任）と予防的考慮の問題をめぐる、比較的最近のドイツおよびわが国の理論状況を、できる限り、筆者の立場を前面に出さずに紹介・分析してきた。それを前提に、次章では、犯行均衡原理ないし責任相当性の原則について、第4章では、量刑における独立的な予防目的の考慮およびその周辺問題について、それぞれ詳細に検討し、量刑基準論の構築に向けて考察を進めることになるが、それに先立ち、本章で把握された理論状況から得られた、次章以降の検討の出発点となる問題意識を示せば、次のようになる。

量刑基準の中核に位置づけられる犯行均衡原理については、何よりもまず、その理論的根拠に照らした考察が行われなければならない。責任刑の原則を結論的に認めることについて争いが少なかったこともあって、それを正当化する理論的根拠については、これまで必ずしも十分に詰められてこなかった。それが刑罰目的の反映として導かれるものなのか、それとも刑罰目的とは別の何らかの考慮から導かれるものなのか、それらの具体的内容はいかなるものかといった問題については、多くの論者が、あいまいにしたまま放置するか、あるいは自己の立場を一方的に宣言するにとどまっているのである。このような量刑

329) シューネマンは、前科の加重的考慮を、犯行均衡原理からの「明白な例外」として認めるべきであるとしている（Schünemann in : Tatproportionalität 2003, S.195）。

330) このほか、①犯行均衡説によれば重罰化のおそれがある（NK-Streng 2005, § 46, Rn.112 ; 本庄2002(3)・185頁など）、②同説は制裁形式のパリエーションの拡大に対応できない（Weigend in : Tatproportionalität 2003, S.205）といった批判もある。①に対する反論として、v Hirsch in : Tatproportionalität 2003, S.79. ; ders., Tatproportionalität und Sanktionshärtte, FS-Burgstaller, 2004, S.59ff. ②については、本稿の直接の対象外であるので割愛する。

理論の「核」ともいえる理論的問題が空洞化されている現状は、放置することが許されない。その背景に、「いずれにせよ犯行の重大性（責任相当性）が量刑の中心的基準となる以上、その理論的根拠の探求に知的労力を注ぎ込むのは無駄である」という発想があるとしたら、理論的にはもちろん、実践的にも問題である。なぜなら、犯行の重大性（行為責任の重さ）がいかなる実質的基準によって評価されるべきであるのかという、量刑事情の関連性の判断にとって決定的な問題は、そもそも犯行均衡原理がなぜ妥当するのかという根拠の問題を離れて論じることができないからである。そこで次章では、量刑における犯行均衡原理の理論的根拠に関して（断片的に）主張されている諸見解を整理し、分析を加えるとともに、その反映としての、犯行の重大性の実質的評価基準を検討することとする。

他方、刑量決定における（犯行の重大なものから）独立した予防目的の考慮については、従来よりも込み入った検討がなされなければならない。通説的な幅の理論の論者は、とりわけ特別予防的な考慮については、責任刑に幅を認めることから、とくに詳細な検討をすることなく当然にそれを許容してきたきらいがあるが、反対説の論者の議論からも明らかであるように、それだけでは不十分である。これに対して、とりわけわが国の反対説の論者は、幅の理論が量刑における責任主義に反するということを主張することに関心を持つことが多かったように思われるが、それだけでも不十分である。量刑における独立した予防的考慮を認めるべきか否か、どのような形で認めるかといった問題についての態度決定は、「責任主義に反するか、反しないか」という原理的な問題だけでは決着がつかないものであって、それぞれの予防的考慮の実質的な合理性についてきめこまやかな検討を行うことが必要である。しかし、これまでの量刑理論モデル論では、その点に関する議論がいかにも貧弱であったと思われる。そこで、第4章では、量刑理論の総論レベルではなかなか言及されることの少ない、個別的な予防的考慮の実質的合理性およびその周辺問題に関する学説の（断片的な）言明を補充しつつ、適正な解決を目指すこととする。

[2006年5月25日脱稿]