慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	わが国における量刑法改革の動向
Sub Title	Reform of sentencing law in Japan
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2007
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.1- 18
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0001

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.

わが国における量刑法改革の動向*

井　田　　良

1　はじめに
2　危険運転致死傷罪の新設
3　法定刑上限の引上げ
4　法定刑と量刑実務
5　裁判員制度の下での量刑

1　はじめに

現在、わが国の刑法（刑事実体法）は大きな変革の時代を迎えているが、特に顕著な変化が見られるのは量刑法[1)]の領域である。かつて1970年代以降、とりわけ量刑の基準をめぐり、ドイツの量刑理論の影響を受けつつ、学説上の議論が展開された[2)]。その議論は、刑罰をめぐる基礎理論が量刑の場面においてどのように具体化されるかという関心（いわば演繹的思考による問題関心）に基づくものであった。それは、実務における量刑の在り方に理論的見地から見直しを迫ろうとするものではなかったし、実務の法律家たちも、量刑は実務慣

＊　本稿は、韓国刑事法学会と刑事政策研究院の共催で開かれた国際シンポジウム「21世紀の刑罰と量刑」（於・ソウル国立大学）の第1日目（2006年12月14日）に、筆者が行った報告「日本における量刑法改革の動向」の原稿に若干の補正を加えたものである。

1）なお、ここにおいて「量刑」というとき、裁判所による刑量の決定や執行猶予の許否の判断ばかりでなく、それに先行する立法機関による法定刑の定め方の問題を含めた広義の量刑が考えられている。

行と実務感覚が支配する場面であると考えており、量刑理論による基礎づけや検証が必要だという認識には乏しかった。ところが、1990 年代に入り、犯罪被害者の権利保護の必要性が強調されるに伴い、量刑に対する社会的関心が強まり、とりわけ人身犯罪に対する刑が軽すぎることが社会の側から強く批判されるという事態が生じるに至った。このような社会の側からの批判は、まずは実務における量刑水準の上昇として現れ、次いで 21 世紀に入ってからの立法による「厳罰化」ないし「重罰化」[3]、すなわち一連の刑法改正による人身犯罪に対する法定刑の大幅な引上げをもたらした。

このような変化の過程で、学界においても実務界においても、量刑への強い関心が呼び起こされた。その背景には、近年における学説と実務の相互的歩み寄りの傾向[4] もあるだろう。司法制度・法曹養成制度の改革（とりわけ法科大学院制度の創設）に関連して、学者と実務家とが協力する機会が増加しており、学者が実務に関心を持ち、実務家が理論に関心を持つというように、学説と実務とが接近し問題関心を共有するという現象が見られる。そのことも、学者・実務家双方の立場からの量刑への関心の高まりと無関係ではないと考えられるのである。それに加えて、2009 年から導入されることが予定されている裁判員制度[5] のもとでは、現在の実務における量刑の在り方も大きく変化せざるを得ないと見られる。この制度が実施に移されたとき、職業裁判官の側は、量

---

2 ）刑罰理論との関係での量刑の基準をめぐる議論について、阿部純二「刑の量定の基準について」法学 40 巻 3 号（1976 年） 1 頁以下、41 巻 1 号（1977 年） 1 頁以下、41 巻 4 号（1978 年）41 頁以下、井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究 69 巻 2 号（1996 年）293 頁以下、岡上雅美「量刑判断の構造―序説」早稲田大学大学院法研論集 48 号（1988 年）93 頁以下、城下裕二『量刑基準の研究』（1995 年）及びそこに引用された文献を参照。

3 ）従来の科刑は軽すぎたと考える人にとっては、近年における刑の引上げは「厳罰化」でも「重罰化」でもなく、むしろ刑の「適正化」にほかならないということになる。

4 ）この点につき詳しくは、井田良「刑事実体法分野における実務と学説」法律時報 79 巻 1 号（2007 年）43 頁以下を参照。

刑基準、量刑判断の枠組み、量刑事情の範囲とその評価の方向等の問題に関し、素人にも平易・的確に説明することができなければならず、従来のように、実務慣行と実務感覚のみで対応することはできないはずである。裁判員制度の導入は、量刑判断の構造と理論的枠組みを反省するための絶好の機会を提供するものである。

このようにして、現在、量刑は最も盛んに議論されている刑事法のテーマの１つである[6)]。以下では、とりわけ一連の刑法改正による刑の引上げとその背景について説明したい。また、裁判員制度の導入により、どのような変化が予想され、それに対しいかなる対応がいま検討されているのかについても述べたいと思う。

２　危険運転致死傷罪の新設

現在までの立法による「重罰化」の過程で大きな意味を持ったのは、2001年の刑法一部改正による危険運転致死傷罪の処罰規定（刑法208条の２）の新設であった[7)]。それは、悪質な交通犯罪に対する刑が軽すぎ、とりわけ被害者

５）それは、一般市民の司法参加の一形態として、６人の一般市民が職業裁判官３人とともに合議体で裁判を行う制度である。全体として参審制に近いが、陪審制のいくつかの要素も取り入れている。

６）原田國男の画期的な著書である『量刑判断の実際』（増補版・2004年）及びそれ以降の研究（たとえば、「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル１号〔2005年〕50頁以下、「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年〕279頁以下など）、判例タイムズ誌に断続的に掲載されている大阪刑事実務研究会による包括的な研究、小池信太郎の一連の理論研究（「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学１号〔2004年〕213頁以下、「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―」慶應法学６号〔2006年〕１頁以下など）を通じて、わが国の量刑研究は飛躍的な進展を遂げつつある。私自身も、最近、井田良「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集113号（2004年）203頁以下、同「量刑をめぐる最近の諸問題」研修702号（2006年）３頁以下を書いた。

とその遺族の納得が得られないとする世論の強い批判を背景としたものである。新規定の適用により、4輪以上の自動車の危険運転行為（たとえば、アルコールの影響で正常な運転が困難な状態での走行行為）を通じて意図せずに人を負傷させたときには懲役10年まで、死亡させたときには懲役15年までの刑を科し得ることとなった。なお、後述のように（3（1）及び（2）を参照）、2004年の刑法一部改正により、法定刑の上限がさらに引き上げられ、負傷させたときには懲役15年、死亡させたときには懲役20年までの刑を科すことが可能となっている。

従来は、たとえば、酩酊運転の途中で事故を起こして人を死亡させると、道路交通法に規定された酒酔い運転の罪（その刑は、2001年の道路交通法の改正以前は最高2年の懲役であった）と、刑法の業務上過失致死罪（刑法211条により最高5年の懲役）の併合罪となり、従って科し得る刑の上限は7年の懲役であり、かなり悪質な事案であっても、実際の量刑においては、刑は懲役5年前後となるのが普通であった[8)]。改正のきっかけとなったあるケース[9)]は、職業運転手であった被告人が、多量の酒を飲んで大型貨物自動車を運転し、高速道路上で、酔いのために的確な運転操作が困難な状態に陥って、渋滞のために減速進行中であった自動車に背後から衝突して、当時3歳と1歳の2児を死亡させ、5名に傷害を与えたというものであった。東京高等裁判所は当時の現行法の下で科すことが可能な7年までの懲役の範囲内で、懲役4年の刑を言渡すのがせ

7）危険運転致死傷罪の処罰規定の新設の立法論的背景及びその解釈については、井田良「危険運転致死傷罪の立法論的・解釈論的検討」法律時報75巻2号（2003年）31頁以下及びそこに引用された文献を参照。

8）量刑の軽さが指摘された事件として、酩酊して自動車を運転し、祭りの人ごみに突っ込み、5名を死亡させ、29名に傷害を与えた事件（懲役4年6月）、酩酊して自動車を運転し事故を起こしたうえ、逃走中にさらに事故を起こして、2名を死亡させ、1名に傷害を与えた事件（懲役3年6月）、飲酒したうえ、無免許で、無車検かつ無保険の車を運転し、2名を死亡させた事件（懲役5年6月）、飲酒して大型貨物自動車を運転し、2名を死亡させ、5名に傷害を与えた事件（懲役4年）などがあった。

いぜいであると考えた。2001 年の法改正（刑法及び道路交通法の改正）の後では、このケースでは、結果的加重犯としての危険運転致死傷罪の規定を適用することにより、懲役 18 年までの刑を科すことが可能となった。なお、2004 年の刑法一部改正により、法定刑の上限がさらに引き上げられ、現在では懲役 23 年まで科すことが可能となっている。

当初、法律専門家は、新規定は稀にしか起こらない無謀運転による死傷事故を予定したものであり、実際にはごく例外的にしか適用されないであろうと予想していた。ところが、現実に施行されると、この規定は頻繁に適用された。毎年 90 万件を超える交通事故（死傷事故）が起こるが、年間 300 人近くが危険運転致死傷罪により検挙されるに至っている。この種の事件に対する量刑の水準も大幅に上昇し、被害の重大なものについて懲役 20 年の刑を言渡した裁判例も（私の知る限り２つ）出されている[10)]。

危険運転致死傷罪の新設につき評価するにあたっては、次の点に注意を払う必要があると考える。すなわち、酩酊や無謀運転にもとづき死傷の結果を引き起こす悪質な交通事犯においては、死傷結果との関係では故意がないとはいえ、危険な運転をあえて行っている（そして、その危険が直接に結果として実現している）のであり、それは故意の危険運転罪（すなわち、一種の交通危険罪）としての実質を持っている。従来の日本法においては、この種の交通危険罪を処罰する規定が存在しなかった。そこで、悪質な交通事犯は、純然たる過失犯としての過失致死傷罪と、故意犯ではあるが行政犯としての道路交通法違反の罪のみによって評価されてきた。ここに、刑法的評価の空白部分が存在しており、危険運転致死傷罪の処罰規定がその空白部分を埋めるものであったことは否定することができないのである。

---

9 ）いわゆる東名高速事件（東京高判平成 13・１・12 判例時報 1738 号 37 頁＝判例タイムズ 1064 号 218 頁）。

10）仙台地判平成 18・１・23 公刊物未登載（３人を死亡させ、15 人に傷害を負わせたケース）、千葉地判平成 18・２・14 判例タイムズ 1214 号 315 頁（４人を死亡させ、４人に傷害を負わせたケース）。

3　法定刑上限の引上げ

（1）概要

2004年と2005年の二度にわたる刑法一部改正により、全体として現行刑法典の法定刑がかなり大幅に引き上げられた。2004年の改正[11]は「凶悪犯罪に対する科刑の適正化」を意図したものであり、これにより、殺人罪、傷害罪、強姦罪等の法定刑（その上限または下限）が引き上げられ、また、一般的に、有期自由刑の最上限が20年（これまでは15年）となり、併合罪等の場合に加重するときにはこれを30年（これまでは20年）にまで上げることができるようになった[12]。2005年の改正[13]は、ある国際条約[14]の締結に伴う国内法整備を目的としたものであるが、人身の自由の刑法的保護を強めるため、人身売買罪（226条の2）を新設するとともに、従来の監禁罪及び略取誘拐罪の法定刑を引き上げた。

（2）一般的な自由刑上限の引上げ

このうち最も大きな意味を持つのは、一般的に有期自由刑の最上限が20年に引き上げられ、併合罪等の場合に加重するときには、これを30年にまで上

11）この改正については、たとえば、髙﨑秀雄「凶悪・重大犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱（骨子）」ジュリスト1276号（2004年）46頁以下を参照。

12）他方において、強盗致傷罪（240条前段）の法定刑の下限は懲役6年とされ、酌量減軽（66条）を行えば、刑の執行を猶予することが可能となった。

13）この改正については、たとえば、島戸純「『刑法等の一部を改正する法律』について」刑事法ジャーナル1号（2005年）77頁以下を参照。

14）2000年に国際連合で採択された国際組織犯罪防止条約（TOC条約）を補足する議定書（「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約を補足する人（特に女性及び児童）の取引を防止し、抑止し及び処罰するための議定書」）。なお、TOC条約については、日本も署名ずみであり、国会でも承認されているものの、国内法整備のための刑法及び組織的犯罪処罰法の改正が実現されておらず、批准には至っていない。

15）刑法12条1項、13条1項、14条を参照。

げることができるようになった点である[15)]。法務省が法定刑引上げの根拠としてあげたのは、刑法が制定された100年前（現行刑法典は1907年に公布され、1908年に施行されている）と比べて現在では人の平均寿命が延びたことである[16)]。人の寿命が長くなるに伴い、同一の長さの自由刑が相対的に刑罰効果を減じたことから、それを埋め合わせるため自由刑の期間を長くすべきだとするのである。しかしながら、この100年の間には、世界的な刑罰の人道化と緩和の傾向が見られたのであって、そのような流れを無視して、過去と現在を単純に比較し自由剥奪の持つ感銘力が異なることのみをもって法定刑引上げの理由となし得るものかどうかは疑問であろう。また、その見解を前提に置くと、法定刑の最上限のみならず、すべての犯罪につき法定刑を一律に引上げなければならないということにもなりかねず、影響が大き過ぎるであろう[17)]。

ただ、今回の改正による法定刑の引上げにはそれなりの理由があったことも事実である。特に、有期刑の上限を上げることにより、従来は無期刑を適用せ

16）それは、有期自由刑の上限を一般的に20年（加重する場合は30年）に引上げることの1つの根拠として法務省の立案当局により示されたものであった。たとえば、髙﨑「凶悪・重大犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱（骨子）」（前掲注11）47頁以下を参照。これに賛成するのは、今井猛嘉「刑法総則の罰則整備」ジュリスト1276号（2004年）56頁、57頁以下である。なお、村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判例タイムズ1189号（2005年）27頁は、立法資料にもとづき、現行刑法の処断刑の上限が懲役20年とされたことの背景には、それが刑法制定当時の人々の感覚からすると無期に匹敵するほどの相当に長い期間と受け止められたことがあると推測している。

17）他方で、学説の中には、法定刑引上げに「科学的・実証的根拠」がなければならないとし、それが明らかにされていないことを理由として今回の改正に対し批判を加えるものがある（たとえば、斉藤豊治「刑事法学の動き」法律時報77巻12号〔2005年〕95頁以下、城下裕二「法定刑の引上げと立法政策」犯罪社会学研究30号〔2005年〕7頁以下）。たしかに、法定刑引上げを主張する者に対し、そのための十分に納得できる根拠の提示を求めることは当然であるが、「科学的根拠」まで求めることは行き過ぎであろうと考える。もしそこまで求めるのであれば、批判する論者のほうも、もとの法定刑のあり方を「科学的根拠」をもって正当化できなければならないであろう。

ざるを得なかった領域において有期刑を選択することが可能となり、有期刑と無期刑の間の大きなギャップが埋められたことが大きい。従来の実務では、殺人罪や強盗殺人罪のケースで、無期懲役か有期懲役かの選択が問題となるとき、無期か15年（まで）の有期懲役かでは間が開きすぎており、懲役15年では少し軽すぎると考えられるところから無期刑を選択するということがあったという。ここから、同じ無期刑を言渡されるケースでも、死刑相当の事案に近いものと、かなり軽いもの（すなわち、懲役15年よりは少し重いもの）とか混在することになってしまっていたのである。また、犯情の重さからすると無期相当のケースだが法律上の減軽事由があるため刑の減軽を行わなければならない事案においても、一挙に懲役15年まで刑が下がってしまう不合理があった。そこで今回の改正は、刑事裁判官の立場から、「大変な苦悩を強いられてきた」「裁判官の長年の懸案を解決する」ものであり、「刑事裁判官はほぼ一致してこの点の改正を歓迎している」と評価されている[18)]。

また、最近の量刑水準の上昇傾向の中で、従来の有期自由刑の上限を超える刑が適切とされるケースがかなり生じてきたことも事実である。とりわけ複数回の凶悪な犯罪が繰り返された併合罪の事案においては20年を超える刑が（従来の量刑基準に照らして）適切とされるケースが少なからず存在することが今回の法定刑の引上げを正当化する根拠として指摘されているところである。

このような形での一般的な有期刑上限の引上げに対してはいくつかの批判がある。まず、20年を超える長期自由刑の特別予防効果への疑問が上げられよう。たしかに、この点は大きな問題となり得るが、現行刑法そのものがより長期の自由刑、すなわち無期自由刑を認めていることからすれば、一般予防効果を含む長期自由刑の刑事政策的効果をおよそ否定することは現行刑法が採らない立場であるように思われる。また、改正が必要なのはむしろ犯罪競合に関する規定（現行法は、併合罪のほか、実質的には数罪であるが科刑上は一罪として扱われ

18）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年）4頁以下、原田「法定刑の変更と量刑」（前掲注6）58頁を参照。

る観念的競合と牽連犯とを認めている）の在り方のほうではないかとする批判も提起されている。同様に、今回のような一般的な形での法定刑の引上げは適当でなく、特に引上げを必要とする犯罪類型を選択した上で例外的な上限の設定を考えるべきであるとの批判もある。

しかし、犯罪競合に関する規制の在り方はそれ自体大きな問題であり、反対者により具体的な改正提案が示されている訳ではない。また、例外的な刑の上限の設定ということについても立法技術的に可能なのか、またどの範囲で例外を設けるかなどの問題を含んでいる。

（3）個別規定ごとの法定刑上限引上げ

今回の改正による個別規定ごとの法定刑引上げの具体例を２つだけ選んでコメントを加えたい[19]。まず、傷害罪について見ると、刑の上限が10年の懲役から15年の懲役とされた。この改正は、各則の一連の結果的加重犯たる致傷罪（たとえば、往来妨害致傷罪、遺棄致傷罪、監禁致傷罪、建造物等損壊致傷罪など）の規定に波及するので、その影響には大きなものがある[20]。かなり例外的なケースであるとしても、長期10年の懲役では適切な反作用といえない場合がある程度の現実性をもって想定できるというのであれば、法定刑の一ランクの引上げ（ちなみに、現行刑法典の法定刑を見ると、10年の１つ上の重さの刑は15年となっている）は正当化できると考えられる。そうであるとすれば、被害者を植物状態にしてしまうような重い傷害を加えるとか、熱湯や薬剤等で被害者の顔に後々まで残る傷害を与えるとか、両目の視力を完全に失わせるとかの事例を考えたとき、さらに、同時に複数の被害者に同じような重大な被害を与えたケースでも観念的競合として刑が加重されないということをも考え併せる

19）なお、殺人罪規定については、法定刑の下限が３年の懲役から５年の懲役に引上げられた。改正前においては、殺人のケースについて、特別の減軽事情の存在を認定しなくても執行猶予を認めることができたし、そもそも強盗罪よりも刑の下限が軽かったのであった（強盗罪の刑の下限は５年の懲役である）。

20）刑法124条２項、219条、221条、260条後段などを参照。

とき、長期10年という上限の見直しには合理性がなかったといえない[21]。

逮捕監禁罪の法定刑の上限は、懲役5年から7年に引き上げられた[22]。逮捕監禁罪は「自由に対する罪」と呼ばれるのが普通である。現に、多くのケースでは、文字通り「自由」を害する罪にすぎないかもしれない。しかし、この犯罪は、被害者本人の人生を破壊し、そして被害者を奪われ残された両親等の家族の人生そのものを破壊するだけのポテンシャルを持っている。このことがはっきりと示されたのが、社会的に注目された、ある監禁事件であった[23]。2000年に発覚したこの事件は、当時9歳の女子小学生を略取しそのまま9年2か月もの長期にわたり自宅の部屋内に監禁し続けたという他に類例を見ないものであった。当時の刑法典の規定によれば、監禁罪の法定刑の上限は5年の懲役であり、監禁の過程で健康障害を生じさせても監禁致傷として10年の懲役までしか科すことができなかった。そこで、監禁罪や傷害罪に関する現行法の法定刑が低すぎるのではないかということが社会的に問題とされた。監禁罪を単に「自由に対する罪」として、傷害罪を「身体に対する罪」として把握するだけでは不十分ではないかとする社会の側からの批判を法律専門家はかわしきれなかったのである。

4　法定刑と量刑実務

（1）量刑枠論と量刑スケール論

立法者による法定刑の引上げは、学界と実務界における盛んな議論を呼び起

21）ちなみに、ドイツ刑法も、一定の重い障害を意図的に引き起こしたときなどには、上限15年の自由刑を科し得るようにしているところである（ドイツ刑法226条1項・2項を参照）。

22）ちなみに、フランス刑法も上限は20年の自由刑を規定しているし（フランス刑法224-1条）、ドイツ刑法も1週間以上の期間の逮捕監禁については10年の自由刑を科すことを可能にしているので（ドイツ刑法239条3項）、これらと比べれば日本の改正法はなお謙抑的ということになるであろう。

23）最判平成15・7・10刑集57巻7号903頁。

こした[24]。その過程では、法定刑が量刑において持つ機能についての検討が行われた。法定刑が量刑を規制する機能を果たしていることは明白であるが、その中身がどのようなものであるのか、法定刑と量刑の関わりを厳密な形で明らかにすることが必要だと認識されたのである。

この議論の過程で、法定刑をめぐり「量刑枠論」と「量刑スケール論」という２つの基本的見解の対立があることが明らかにされた[25]。法定刑がその上限と下限により裁判所による量刑を枠づける機能を持つことは当然である。法定刑の引上げは、従来は科せなかった刑を科すことができるようにし、または従来は科せた刑を科すことができなくするものにほかならない。量刑枠論は、法定刑の機能とは、そのように、上限と下限により裁判所による量刑を枠づける機能に尽きるとする。これに対し、量刑スケール論は、量刑実務に対するより強い規制機能を法定刑に認めようとする。

量刑スケール論は、実務の量刑においては、犯罪の相対的な重さ（当該犯罪類型の中で、重いか軽いか中程度か）を明らかにし、それに応じて法定刑の幅の中の一点に位置づけることにより（半ば自動的に）刑量を導くべきだとする考え方である。この考え方は、実務において形成された慣行である「量刑相場」ではなく、立法者の設定する法定刑の幅をスケールとして刑量を決定しようというのであるから、立法により量刑をダイレクトに規制しようとするものであり、罪刑法定主義の原則として表現される、立法による司法のコントロールを量刑の分野においても徹底して浸透させようとするものである。量刑スケール論を採るならば、今回のような立法者による法定刑の大幅な引上げは、そのまま直接に実務における量刑水準の上方に向けての変更を引き起こすべきものと

24）刑法雑誌 46 巻 1 号（2006 年）の法定刑に関する特集及びそこに掲載された論文に引用された文献を参照。

25）杉田「平成 16 年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」（前掲注 18）6 頁以下、原田「法定刑の変更と量刑」（前掲注 6 ）52 頁以下、村越「法定刑・法改正と量刑」（前掲注 16）29 頁以下、安田拓人「コメント・村越一浩『法定刑・法改正と量刑』」判例タイムズ 1189 号（2005 年）54 頁以下などを参照。

なる。

わが国においては、このような意味における量刑スケール論は不当であるとされ、量刑枠論が正しいとされている。それは、現行法の法定刑の定め方は、スケールのような形で量刑を規制できるようなものとなっていない（そもそも法定刑には、量刑のためのスケールという機能とは独立した一般予防機能〔犯罪に対する評価を明示する機能〕があるのではないかと考えられる）し、もし今回のような法定刑引上げが、ただちに当該犯罪の量刑水準全体を上昇させるべきだと考えるなら、それはかえって不当であるからである。量刑枠論によれば、今回の法定刑の引上げは、従来の量刑実務においてより重い刑を科したいのに科せないという現実があったという限りで、その場面においてより重い刑を科すことを可能としたところに意味があるということになる。

しかし、量刑枠論は、法定刑の上限と下限の枠以上の立法による規制から量刑を解放することになるので、量刑の分野における立法による司法のコントロールという見地からは不十分さを感じさせるものである。また、最近では、ドイツの量刑理論の影響を受けて、二重評価禁止（Doppelverwertungsverbot）の原則の重要性が認識されるようになっているが[26]、この原則も量刑枠論を採る以上、もはや語り得ないことになると思われる。なぜなら、二重評価禁止原則は、一定の事情が法定刑の形成にあたりすでに考慮されていることを根拠として、法定刑のスケールの中に位置づけるときには同じ事情を再び考慮することはできないとする考え方に立脚しているからである。法定刑は単に上限と下限で量刑を規制するにすぎないとすれば、法定刑の形成にあたりすでに考慮されていることを根拠に量刑事情から排除する必要性は乏しいということになるであろう。

量刑枠論から生じるもう１つの問題は、刑の数量化を可能とするものが法定刑ではないとすれば何であるのかである。この点については、それはいわゆる量刑相場[27]であると言われている。わが国の実務の量刑においては、量刑相

26）原田『量刑判断の実際』（前掲注６）349 頁、395 頁以下を参照。

場がかなり強い規制力を持っている。裁判官たちは、検察官による求刑も参考としながらも、過去の裁判例における量刑に関する膨大なデータの集積（一部は電子データ化されている）を資料として、いま担当している事件に最も近い過去の裁判例を探し出し、そこで言渡された刑に微修正を加えながら最終的な刑を決めているのである。中央集権的な司法制度の下で、裁判官は数年ごとに全国を移動するのであるが、このことと相俟って、全国にわたりかなり統一的な量刑が行われているのは事実である。

しかし、量刑相場の法的性格は何であるのか、それが量刑を規制する根拠はどこにあるのかが問題となる。それは慣行に過ぎず、慣習法として法的規制力を持つものではない。それは裁判官のみに向けられたものであり一般的に人を拘束するものではないし、具体的ケースの個別的事情によりそこから若干離れることは問題とされないことからすると、それは個々の事例についての妥当な刑量に関する平均的な考え方を多少なりとも反映した手がかりにすぎないものといえよう[28]。それに反するから量刑不当になるというものではなく、量刑不当になるとすれば、量刑感覚に照らして著しく不当であるからであって、その量刑感覚が事実上量刑相場に反映している（それを手がかりとしてそこからうかがい知ることができる）というにすぎない。この量刑相場が、裁判員が加わった量刑においてどのような機能を持つべきかが問題となろう。

（2）「刑罰積極主義」の背景にあるもの

今回の法定刑の引上げの背景には、現在、凶悪犯や暴力犯罪における量刑の水準が上方に移動しているという事実がある。犯罪被害者への配慮の旗印の下に、重大な結果を招来した犯罪に対する、より重い処罰を求める社会的風潮が

27）量刑相場についての詳細な分析として、遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討［第２回］」判例タイムズ 1185 号（2005 年）36 頁以下がある。

28）松本時夫「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」刑法雑誌 46 巻 1 号（2006 年）９頁以下は、量刑相場の根底には「国民一般の価値基準」「正義感覚」があるとする。

強まり、実務はその影響を受けて「重罰化」の傾向を示してきたといえよう。2000年の刑事訴訟法の改正により、公判廷において被害者やその遺族等が意見陳述を行い得るようになったこと（刑事訴訟法292条の2を参照）の影響を指摘する声をもある。とりわけ交通関係の業務上過失致死傷罪の量刑においては、被害感情という構成要件外の結果を重視する「新結果主義」の傾向が生じているとする分析もある[29)]。社会的風潮に促されると同時に、量刑水準の上昇傾向を確認する意味を持ったのが近年における法改正だったのである。しかも、わが国の犯罪動向は比較的安定しており、諸外国と比べても良好であって、治安の悪化を語り得ない状況にあるのに、裁判所ではますます重い刑が科されているという、矛盾とも言える傾向が見られることが重要である。

たとえば、ここでは、凶悪犯の典型である殺人罪を例にとることとしたい。2004年における殺人の認知件数は1419件であり、この10年間に微増傾向を示しているが、同年の犯罪発生率（人口10万人あたりの認知件数）は1.1であり（最近の20年で見ても）殆ど変化がない。それにもかかわらず、第一審における科刑状況を見ると、1979年には10年以下の懲役刑を言い渡された者が60.7パーセント、1993年では60.8パーセントであったものが、2002年では55.9パーセントと減少している。逆に、無期懲役または10年以上の有期懲役を言い渡された者は、1979年で10.5パーセントであったのが、1993年で15.2パーセント、2002年で25.4パーセントと増加している。執行猶予に付せられた者は、1979年で28.7パーセントであったが、1993年には23.8パーセントとなり、2002年には17.1パーセントと減少しているのである[30)]。実務家は、たしかに数は増えていないとしても、それぞれのケースが悪質化していると指摘する[31)]。し

29）原田國男「実務の視点からみた交通犯罪」刑法雑誌44巻3号（2005年）420頁以下を参照。

30）この点につき、井田良「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年）269頁以下を参照。より詳しくは、Makoto Ida, Tötungsdelikte in Japan aus kriminalistischer, kriminologischer und rechtspolitischer Sicht, Zeitschrift für Japanisches Recht, 11. Jahrgang（2006）, Nr. 21, S. 171 ff. において述べた。ちなみに、殺人については、加害者・被害者と

かし、そのことをもって現在の重罰化傾向を説明し尽くせるかどうかは疑問であろう。

立法と司法の分野に見られる刑罰積極主義の背景には、社会構造と社会意識の変化があると推測できる。まず指摘できることは、刑事政策に関わる国家意思の形成のメカニズムに大きな変化が生じたように思われることである。犯罪被害者の権利保護、そして市民の側からする刑法による安全保護への要求がメディアを通じてダイレクトに国に向けられるようになり、政治や行政・司法の機構はこれに応じることを迫られることとなった。そのことは、国家機関による刑事政策分野での意思決定が、専門的学識を持たない一般市民及び一般知識人の意見により動かされる時代になったことを意味する。そこでは、白か黒で割り切ろうとする二項対立的な思考様式が特徴的であり、とりわけ犯罪問題への「特効薬」が求められる。専門家は、単純明快な結論を求める社会の側からの期待に応えられずに発言力･影響力を失いつつあり､政策決定におけるポピュリズムの傾向が強まっている。

また、刑罰積極主義の要求は、社会意識の変化の現れ、より具体的には、現代社会に生きる人々の不安の現れとして解釈することも可能である。メディアにより、犯罪の現実の推移を反映しない選択的な犯罪報道、しかも、ますます生々しい形で行われる犯罪報道に接した一般市民は、日常的に目にする行動規律の弛緩、また自らも経験する価値基準の不明確化を犯罪現象にも投影して不安に駆られ、厳しい刑罰により秩序維持のメカニズムを補完すべきことを求める。他方、社会は巨大化・複雑化し、また科学化・高度技術化（ハイテク化）

もに高齢化する顕著な傾向が見られる。20 歳から 39 歳までの年齢の者が殺人に出る割合はそのグループの人口比にしてもかなり減少しており、逆に 50 歳以上の年齢グループの者が殺人を犯す割合が増えている。この点につき､長谷川眞理子｢日本における若者の殺人率の減少」学術の動向 2005 年 10 月号 22 頁以下も参照。

31）たとえば、動機が稀薄になっている、また、従来はからだの真ん中を刺すとか、首を絞めるとかいう定型的方法が採られていたものが、なぶり殺しや、いたぶり続けた末に殺すというようなものが多くなっている、さらに、検挙されても否認する事例が多くなっているといわれる。

の進行により、個人個人にとって、それは巨大なブラックボックスと化し、およそ主体的コントロールの不可能な存在となった。合理的に冷静に対応すれば、何とかこの世の出来事は手中に収められる、という確信は失われた。ここには、刑罰という「劇薬」を用いてダイレクトに反社会的行為を抑止しようとする功利主義が、経験的証拠に関心を持たない非合理主義と同居している。重い実害を引き起こした者は厳罰に処せられるのが当然であるとするところで思考停止が生じ、処罰が社会にもたらし得る諸作用（望ましい作用と望ましくない作用）の衡量には関心が向けられない。犯罪化と厳罰化を求める国民の声は、政治や行政・司法の機構を通じて、学問的検討のフィルターを経ることなく、立法や裁判の実務に反映していくおそれがある。ここには「刑法学の危機」とも呼ぶべき状況が生じていると私は感じている[32)]。

5　裁判員制度の下での量刑

司法制度改革の一環として、一般市民の司法参加の一形態である裁判員制度が、2009年までに導入されることとなった。これは、「死刑又は無期の懲役・禁錮に当たる罪に係る事件」及び「いわゆる法定合議事件のうち、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るもの」について、衆議院議員の選挙権を有する者の中から無作為抽出された６名の一般市民が、３名の職業裁判官と一緒に裁判所を構成し、有罪・無罪の決定及び量刑の判断を担当するものである（「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」２条を参照）。

裁判員制度の下では、量刑の在り方も従来とはかなり異なったものとならざるを得ないと考えられる。従来の実務慣行と実務感覚に従うことを裁判員に求めることはできない。裁判員に量刑判断の大枠に関する素人的な理解を持って

32）この点について、井田良「変革の時代における刑事法学の在り方」学術の動向2006年３月号56頁以下を参照（なお、これは日本学術会議のウェブサイトhttp://www.h4.dion.ne.jp/~jssf/text/doukousp/backnumber.htmlでダウンロード可能である）。

もらうため、職業裁判官の側から、刑罰論と量刑基準についての基本的説明を行うことは必須であろう。また、量刑事情に関しても、「考慮してよい事実」と「考慮してはいけない事実」の区別、また考慮する際のそれぞれの事情の重み等についても、これをまとめて説明するかどうかは別として、裁判官の側は一定の共通したガイドラインを持っていなければならないと思われる。そうであるとすれば、裁判員制度の下では、従来の実務慣行と実務感覚のみで対応することはできず、量刑に関する基本的考え方と量刑判断の枠組みに関する職業裁判官の間での合意とその平易な客観化が要求されると思われる。かくして、裁判員制度の導入は、量刑判断の構造と理論的枠組みを再考する絶好の機会を提供するものでもある。

裁判員制度の下での量刑は、従来の量刑相場からの離反、また同時に、量刑の相互的ばらつきをもたらすであろうことが予想される。従来の量刑相場からの離反は、前述のように、それが法的な拘束力を持つようなものではない以上、直ちには問題視するには当たらないし、とりわけ市民の司法参加の制度を導入する以上は、それが「一般市民の常識的な感覚により法律専門家の偏見を是正する」というその趣旨において、積極的に意図されているとさえいうべきであろう。同時に、量刑に相互的なばらつきをある程度生じることも織込み済みというべきであろう。このような量刑判断のばらつきは、責任の刑の幅として認識される幅の範囲内におさまる程度のものであれば、理論的には許容できるものといえよう。逆に言うと、責任刑の幅の範囲内におさまらない程度の量刑のばらつきが生じるとすれば、量刑における責任主義の原則からすれば、法的に容認できない事態である。

裁判員制度の下での量刑の大ざっぱなイメージは、検察官の求刑があり、弁護人が被告人に有利な情状を指摘・強調するであろうから、裁判員の意見としても、それらを参考としつつ、求刑よりもいくぶん低いところに落ち着くというものであろう。検察官は中央集権的な全国統一の組織体の一員として行動し、また集積された過去における求刑の資料に基づいて求刑を行うので、地域差のない、かなり統一的なものとなっている。そこで、量刑のばらつきはそれ

ほど生じないであろうと想像できる。ただ、一般市民が厳罰ないし重罰の傾向を持つとは限らないが、被害者（またはその遺族）の処罰感情に裁判員が共感し、それを反映した検察官の求刑意見が裁判員の量刑判断に大きな影響力を持ち、全体としてさらに量刑水準が上昇する可能性はあるだろう。裁判官が、従来からの量刑相場以外の拠り所を持たないとすれば、世論の応報的な厳罰要求が多かれ少なかれ合理性のチェックを受けずに刑量に反映していくおそれはある。

量刑のばらつきと過度の上昇を抑制するため、裁判所としては、従来からの平均的な量刑感覚を反映させた尺度として経験的検証をある程度経たものとしての量刑相場が存在しているのであるから、それをひとまずの基準として、そこで許容される幅の中におさまるように努力すべきであると思われる。ただし、実際の量刑評議においては、これまでの量刑相場の使い方に近い方法、すなわち、現在の事件に最も近い過去の裁判例の事案を探し出し、そこで言渡された刑に微修正を加えながら最終的な刑を決めるというような方法は採るべきではない。量刑相場にはもともと強い規制力を認めることはできないのであるし、これまでの実務慣行で裁判員の判断を拘束するとすれば、裁判員制度導入の趣旨にも反するであろう[33]。そこで、事例をある程度、抽象化・類型化して、当該の事例と同じ犯行類型グループに属すると考えられる複数先例に対する宣告刑の枠を示すという方法が考えられる。最高裁判所が企画制作した、裁判員制度広報用映画である『評議』では、量刑評議において、類似先例のグループにおける量刑のレンジをグラフとして示したものを裁判員が参照している。たしかに、従来の量刑相場をこのような形でガイドライン的に用いることが適切であるといえよう[34]。

33）この点につき、後藤貞人「裁判員裁判と情状弁護」自由と正義 57 巻 11 号（2006 年）51 頁を参照。

34）なお、松本「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」（前掲注 28）15 頁の提案する「量刑ガイドライン」も、ほぼ同様の趣旨に出たものであるように思われる。