

Title	ドイツにおける量刑：その概要と現代的課題
Sub Title	Strafzumessung in Deutschland : Grundlagen und Herausforderungen
Author	Streng, Franz(Ida, Makoto) 井田, 良(Koike, Shintaro) 小池, 信太郎
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.8 (2007. 10) ,p.123- 162
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳 慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）の招きにより来日したフランツ・シュトレング教授（Franz Streng, 1947 - ）が、2006年12月7日に同大学において行った講演の原稿（原題：Strafzumessung in Deutschland - Grundlagen und Herausforderungen）を訳出したもの
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20071031-0123">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20071031-0123</a>

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.

# ドイツにおける量刑

— その概要と現代的課題 —

フランツ・シュトレング  
井田良  
小池信太郎 訳

- I. 概要と実務
- II. 量刑に関する幅の理論
- III. 「非対称的幅の理論」についての考察
- IV. 責任に応じた量刑の新たな問題領域
- V. 要約

## I. 概要と実務

ドイツの量刑実務と量刑理論について詳しい説明をするに先立って、ドイツ刑法における量刑の枠組みを成している刑罰論・刑事制裁論の考え方をスケッチしてみよう。

ドイツ刑法は、犯罪構成要件ばかりでなく、犯罪の成否に関する一般的なルールおよび量刑の基本原則についても、立法者によりあらかじめ定められているという点で、「議会制定の成文法」としての特色が非常に顕著である。憲法上、大原則として法治国家原則 (Rechtsstaatsprinzip) が保障されているが、その一部を成すのが責任主義の原則である。「行為者の責任が、刑の量定の基礎」であるということは、刑法典の量刑規定の中心をなす条文 (刑法46条1項1文) において確認されている<sup>[訳注1)]</sup>。この規定は、法治国家の原則である比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) が、量刑の領域において具体化されて、責任主義という個別原則の形で現れている、という趣旨に解釈できるものである。

また、立法者は、量刑にあたり、刑を科すことから生じる効果を考慮しなければならないことを明記した(刑法46条1項2文)<sup>〔訳注1〕</sup>。この規定があることから、犯人の再社会化〔社会復帰〕を困難にするような制裁を科すことは可能な限り避けなければならない、と考えられている。さらに、ドイツ刑法には、「執行猶予を付するか否か等の」制裁形式の選択にあたり、「法秩序の防衛」に配慮しなければならないことを指示するいくつかの規定がある(刑法47条1項、56条3項、59条1項を参照)<sup>〔訳注2〕</sup>。ここで「法秩序の防衛」とは、一般国民の法意識を確認・強化するような働きかけを意味すると解さなければならない<sup>1)</sup>。

---

〔訳注1〕 ドイツ刑法46条は、量刑の基本原則について次のように規定している。「①行為者の責任が、刑の量定の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与えると予期される影響は、これを考慮しなければならない。②量刑にあたり、裁判所は、行為者に有利及び不利な事情を相互に衡量する。その際、特に考慮されるのは次の事情である。行為者の動機及び目的、犯行にあらわれた心情及びその際にはたらかせた意思、義務違反の程度、実行の態様及び犯行から生じた責めに帰すべき諸結果、行為者の前歴、人的及び経済的諸事情、並びに、犯行後の行為者の態度、特に損害を回復しようとする努力及び被害者との和解を実現しようとする努力。③すでに法律上の構成要件の要素となっている事情は、これを考慮してはならない。」

〔訳注2〕 ドイツ刑法56条は、刑の執行猶予について次のように規定している。「①1年以下の自由刑を言い渡す場合において、有罪の言い渡しを受ける者が有罪判決を警告として受けとめ、刑の執行の作用がなくとも、将来もはやいかなる犯罪行為をも犯さないであろうと期待しうるときには、刑の執行を猶予する。その際に、特に、有罪の言い渡しを受ける者の人格、前歴、犯行の事情、犯行後の態度、生活関係及びその者に対し執行猶予により期待しうる効果を考慮しなければならない。②犯行及び有罪を言い渡される者の人格の総合評価により特別な事情が存するときは、裁判所は、第1項の要件の下で、1年を超え2年を超えない自由刑の執行を猶予することができる。その判断にあたっては、特に、有罪を言い渡される者が犯行により惹起された損害を回復しようとした努力も考慮しなければならない。③6月以上の自由刑を言い渡す場合において、法秩序の防衛が執行を必要とするときは、執行は猶予されない。④(略)」

- 1) それについて詳しくは、Streng, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2. Aufl. 2002, Rn. 428, 435; Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2003, Vor § 38 Rn. 66 f.

しかし、〔条文に規定されているのは以上のことだけであるのに〕判例と学説は、量刑にあたり、これまで承認されてきた他のすべての特別予防および一般予防の目的、つまり行為者への威嚇の意味での特別予防、危険な犯人からの社会の保安確保という意味での特別予防、また、一般国民の威嚇という意味での一般予防の目的を併せ考慮することが許される、としている<sup>2)</sup>。

ドイツの量刑における裁判官の役割を正しく評価するためには、ドイツ刑法がその中核において「市民刑法」ないし「民主的刑法」であることを考慮しなければならない。市民は、刑罰法規を向けられる名宛人というばかりでなく、その担い手であり、しかも、そのことは単に刑罰法規が形式上民主的に成立しているというだけのこととして理解されてはならない。むしろ、裁判官は、量刑にあたり、自ら市民として考え行動するのであり、法律によって定められた枠内のことではあるにしても、社会の価値感覚をその量刑判断に反映させなければならない。テクノクラートの〔専門官僚主義的〕刑法や権威的刑法<sup>3)</sup>における場合とは異なり、裁判官は、市民感覚と職業人としての専門性の両方によって決せられた自己の価値的評価を拠り所とすることが許されるのである。

素人裁判官が裁判内容の決定に関与することも、「民主的刑法」の理念にふさわしい。市民参加は、比較的重い事件について、区裁判所および地方裁判所〔州裁判所〕における合議体による裁判の場合に行われている。公判で、素人

---

2) Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 82, 94 ff.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch. Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 46 Rn. 26 ff.; Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 33 ff.; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 184 ff. を参照。

3) 理念型としての民主的刑法・テクノクラートの刑法・権威的刑法の区別に関しては、Streng, Probleme der Strafrechtsgeltung und anwendung in einem Europa ohne Grenzen, in: Strafrecht und Kriminalität in Europa, hrsg. von Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, 2003, S. 143 ff., 145 ff.; ders., Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht?, in: Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, hrsg. von Uwer, 2006, S. 227 ff., 231 ff. を参照。

裁判官たる参審員が職業裁判官と同等の権限を持って<sup>4)</sup> 裁判官席に座るとい  
う現在の形式は、ドイツでは、1924年以來のものである<sup>5)</sup>。法律家の間では、  
この参審員の関与が今後も維持されるに値するものであることについて広く意  
見の一致がある。私が1980年に実施した、ニーダーザクセン州の裁判官と検察  
官、合計522人に対するアンケート調査では、優に90パーセントにのぼる調査  
対象者が、参審員の関与をきわめて重要である、または少なくとも今後も維持  
されるに値すると考えていることが明らかとなった<sup>6)</sup>。1988年に行われた、ヘ  
ッセン州の裁判官と検察官536人に対するあるアンケート調査の結果は、対象  
者の75パーセントが、参審員の関与を意味があると考えているというものであ  
った<sup>7)</sup>。このような、全体的に見て参審員制度に対するきわめて肯定的な評価  
は、裁判官と検察官に共通するものである。また、アンケートでは、対象者が  
(架空のケースについて) 重い刑を選ぶか軽い刑を選ぶかという傾向性も調査し  
たのだが、重刑志向か寛刑志向か、またいかなる刑罰目的を重視するかとい

---

4) 裁判所構成法 (GVG) 30条を参照。素人裁判官に対して記録の閲覧を認めない取  
扱いについては、Hillenkamp, Zur Teilhabe des Laienrichters, in: Festschrift für  
Kaiser, 1998, S. 1437 ff.を参照。その点に関連する最近の判例として、BGHSt 43,  
36 ff.を参照。

5) いわゆるエミンガー改革について、Rennig, Die Entscheidungsfindung durch  
Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht, 1993, S. 57 f.  
を参照。

6) Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 378を参照。参審員  
の関与に対する意見は、次の通りであった。「きわめて重要である」42.7%、「維持  
されるに値する」48.5%、「無用である」4.8%、「無用かつ有害である」1.3%、無回  
答2.7%。

7) Rennig, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in  
rechtlicher und psychologischer Sicht, 1993, S. 487を参照。なお、1980年と1988  
年のパーセンテージの差が、時代の経過による価値評価の変化、地域的な格差、  
または質問形式の相違にどの程度影響されているのかは、ここでは明らかにでき  
ない。

ったことは、参審制度に対する評価の相違とほとんど無関係であった<sup>8)</sup>。さらに、最近行われた参審員自身に対するアンケート調査でも、刑事手続における参審員としての仕事が、その経験者によっても明らかに肯定的に評価されていることが示された<sup>9)</sup>。もっとも、学説の中に、参審員の関与に批判的な意見があることも隠すべきではない。その意見は——これまでさほどの賛同を呼んでいるわけではないが<sup>10)</sup>——、民主化されておらず監視を要する法曹階級を社会的コントロールの下に置く、というようなことが今日ではもはや問題とならないのに、かなりコストのかかる参審員関与を続けることに具体的なメリットがあるのか、という疑問を投げかけるものである<sup>11)</sup>。

自己の価値的評価を拠り所とする裁判官は、当該ケースにつき適切な制裁であると確信するところを具体的な刑として表現するために、幅の判断の可能性を与えられなければならない。裁判官への義務づけを伴う量刑ガイドラインは、このような裁判官の役割理解に反する。刑罰法規における唯一の絶対的法定刑である「無期自由刑」（刑法211条、国際刑法典6条）をめぐる取扱いが法実務において生じさせている問題にかんがみても、刑を具体的事例に適合させる

---

8) Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 185 を参照。評価対象とされた6件の事例のうち1件についてのみ、特に「参審に好意的な」調査対象者の刑罰感覚がより重いという有意的な差が示された。重視する刑罰目的との関係については、未公表の調査結果に基づく。

9) Machura, Fairneß und Legitimität, 2001, S. 193 ff. を参照。

10) たとえば、連邦議会における、自由民主党の議員団の小質問に対する連邦政府の回答 (BT-Drs. 15 / 3191, S. 2 f.) を参照。

11) Volk, Der Laie als Strafrichter, in: Festschrift für Dünnebier, 1982, S. 373 ff.; Kühne, Laienrichter im Strafprozeß, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1985, 237 ff.; Lilie, Blinde Kontrollinstanz? Zur Zukunft des Schöffenamts, in: Festschrift für Riess, 2002, S. 303 ff.; Kühne, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2003, § 5 Rn. 117; Volk, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, § 5 Rn. 15; Duttge, Laienrichter in der Strafergerichtsbarkeit Anspruch und Wirklichkeit, in: Juristenzeitung 2006, 358 ff. を参照。

ために、裁判官に対し量刑裁量の幅を認めておく必要性は明らかである<sup>12)</sup>。

刑罰は、歴史的な長いスパンで観察すると、1871年のドイツ帝国刑法典の制定以来、著しくその過酷さをやわらげてきた。表1および表2が示すように、刑法の大改正があった1969年以降は、罰金刑が中心を成しており<sup>13)</sup>、言い渡

表1：主刑の刑種（2004年）（旧西独州のみ。ベルリンを含む）

主刑	総数	全体に占める割合 (%)
罰金刑	540,209	80.6
自由刑	129,986	19.4
うち執行猶予	91,728	70.6
<b>有罪者総数</b>	<b>670,195</b>	<b>100.00</b>

表2：自由刑の分布（2004年）

刑期	総数	%	執行猶予率 (%)
1 - 6月	45,510	35.0	76.8
6	18,871	14.5	80.8
6 - 9	18,880	14.5	77.9
9 - 12	16,322	12.6	76.1
1 - 2年	20,259	15.6	71.1
2 - 3	4,838	3.7	
3 - 5	3,483	2.7	
5 - 10	1,545	1.2	
10 - 15	162	0.12	
無期	116	0.09	
	<b>129,986</b>	<b>100.00</b>	

12) Sessar, Die Umgehung der lebenslangen Freiheitsstrafe, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 63 (1980), 193 ff.; Verrel, Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten, 1995, S. 167 f. を参照。なお、絶対的法定刑全般について、Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 7.

13) ドイツ刑法の罰金刑 (Geldstrafe) は、秩序違反法 (OwiG) による過料 (Geldbuße) とは区別される。過料は、軽微な違反行為、特に危殆化禁止違反に科されうるものである。

される主刑に占める割合が常に80パーセントを超えている<sup>14)</sup>。それに続くのが、執行猶予付の比較的短期の自由刑である（なお、罰金刑の詳細について、付録〔本稿末尾〕の表1 aおよび表1 bを、処分、刑に伴う付随効果等について、表1 cおよび表1 dを参照）<sup>15)</sup>。

このような科刑水準の下方への押下げは、立法者がはっきりとそれを促したところであるのだが、それにもかかわらず、ドイツの刑罰法規には、実に幅広い法定刑が規定されているのが通常であり、特にその上限は非現実的なほどに重い。例として、裁判実務上最も重要な規定である刑法242条の窃盗罪の構成要件をあげよう。単純窃盗罪の法定刑の下限は罰金（最低で5ユーロ〔約750円〕）、上限は5年の自由刑である。そして、頻繁に生じる一定の加重事由——たとえば、窃盗を実行するために住居に侵入するなど——が備わると、刑法

表3：単純窃盗罪（刑法242条）の量刑（2004年）

刑種/刑期	総数	全体に占める割合 (%)	備考
罰金刑	81,121	81.7	
自由刑	18,179	18.3	執行猶予率=60.3 %
内訳			
1 - 6月	11,935	12.0	
6	2,506	2.5	
6 - 9	1,934	1.9	
9 - 12	1,151	1.2	
1 - 2年	583	0.6	
2 - 3	55	0.06	
3 - 5	11	0.01	
5 - 10	4	0.004	併合罪加重による

14) Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, S. 985 Tabelle 40. を参照。

15) ドイツ連邦共和国の科刑実務に関するデータは、ヴィースバーデンにある連邦統計庁（Statistisches Bundesamt）が発行している刑事訴追統計（Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 3: Strafverfolgung）によった。このデータは、ベルリン全域を含む旧西ドイツ諸州の領域に関するものである。ドイツ再統合により連邦に加わった諸州〔旧東ドイツ〕に関する同種のデータは、今日なお利用可能な状況にない。



243条・244条により、処断刑は10年の自由刑にまで拡大する。実務では、これらの、法律上は科すことが可能である重い刑は、ほとんど科されることがない。そのことは、単純窃盗罪について、表3が示すところである(旧西ドイツの諸州のみについて。刑法243条については、付録の表4を参照)。

## II. 量刑に関する幅の理論

### 1. 概要

ドイツの判例・通説により支持される「幅の理論 (Spielraumtheorie)」<sup>16)</sup>は、「責任枠の理論 (Schuldrahmentheorie)」<sup>17)</sup>とも呼ばれる。その基礎をなす考え方は、裁判官は、法律上言い渡すことが可能な刑罰枠の範囲内で、当該事例についての「責任の幅」を見出すという形で量刑判断を進めるというものであり、それにより量刑の足がかりが得られる。そして、この責任の幅の枠内において、つまり責任の程度を上回ったり下回ったりしない限りで<sup>18)</sup>、許

16) BGHSt 7, 28 ff., 32 f.; BGHSt 20, 264 ff., 266 f.; BGHSt 24, 132 ff., 133 f.; Spindel, zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 176 ff.; Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 37 f.; Schaffstein, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, in: Festschrift für Gallas, 1973, S. 99 ff.; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 105 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht. AT, 5. Aufl. 1996, § 82 IV 6; Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 461 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 480 ff.; Gribbohm, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2003, § 46 Rn. 18 ff.; Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2003, Vor § 38 Rn.63; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch. Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 46 Rn. 24 f.; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 153 f. を参照。

17) Maurach/Zipf, Strafrecht. AT2, 7. Aufl. 1989, § 63 Rn. 1 ff., 14; Erhard, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992, S. 97 ff., 316 ff.; Meine, Der Schuldrahmen in der Praxis der Strafzumessung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1994, 159 ff., 162.

18) BGHSt 24, 132 ff., 133 f.; BGHSt-GS 34, 345 ff., 349; BGH, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1992, 489 f. を参照。さらに、BGHSt 43, 195 ff., 208 f.

容される予防目的——犯人の再社会化、保安、威嚇、規範の強化——が考慮されうる。この手法の特徴は、「鎮圧〔過去に目を向けた処罰〕の枠内での将来の犯罪予防 (Prävention im Rahmen der Repression)」という標語により表現される<sup>19)</sup>。要するに、予防的な刑罰使用に対し、それぞれの事例の行為責任により歯止めをかけるのである。ここでいう行為責任とは、特別な「量刑責任 (Strafzumessungsschuld)」のことである。それは〔犯罪論で問題となる〕刑罰根拠づけ責任 (Strafbegründungsschuld) を数量化したものではあるが、ここでは、犯罪に先行する事情や犯罪後の事情も考慮されうる<sup>20)</sup>。

幅の理論に対しては、それは唯一正しい刑の分量を認識することが実際には不可能であることを隠蔽する機能しか持たない<sup>21)</sup> という評価も加えられてきた。しかし、まさにその不可能性こそが、対立する学説である「点の理論 (Punktstrafetheorie)」にとり致命的なジレンマとなったのである<sup>22)</sup>。点の理論は、上告審裁判所が、事実審の量刑にきわめて広範囲に審査を及ぼす権限を持つことを根拠づけようとした理論であり、その理由付けとして、事実審裁判官

---

19) Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 105. を参照。

20) それについては、Frisch, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Festschrift für Müller-Dietz, 2001, S. 237 ff., 238 ff.; Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2003, Vor § 38 Rn. 15 f.; Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 22 ff.; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 173 ff.; Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 46 Rn. 9a; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., 2006, § 46 Rn. 33 を参照。

21) そうした理解として、Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, S. 66, 260 f.; Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 38 f. (Fn. 47) ; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Vor § 38 Rn. 10. また、Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 107をも参照。

22) それについては、Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 104 f. を参照。

に対して、正しい刑を点として正確に定めうることを要求したものである<sup>23)</sup>。

たしかに、幅の理論は、点の理論のジレンマを免れるものである。しかし、幅の理論が、法律上の刑罰枠の範囲内で、唯一の点としての「正しい」刑、すなわち具体的なケースにおいて責任の分量に応じる刑を発見することの要求から単に逃避するにすぎないものと見るのは不当であるように思われる。というのは、幅の理論には、それを支持する強力な刑罰理論上の根拠が存在するからである。

刑法上の責任とは、行為者とその犯行に関連した帰責の判断にほかならないが、それに基準を与えるのは、なんといっても社会的な価値や規範である。これらの価値や規範は、量刑という場面において、もちろん当該の犯罪とその犯人の示す諸要素との関連で、具体化され再生産されなければならない。それゆえ、法における、そして法としての規範の再生産的具体化は、刑法という制度の基礎にある、その社会の全体文化 (Gesamtkultur) の価値秩序に依存することになる<sup>24)</sup>。当然ながら、この全体文化は、具体的には部分文化 (Teilkultur) から成り立っており、それぞれの部分文化の価値と規範は、——根底的なところでは合意があるとしても——少なくとも個々の価値の側面にどれだけのウエイトを置くかという点では、相互にはっきりと異なっている<sup>25)</sup>。全体文化はごく抽象的であり、それは必然的に個々の部分文化による具体化を要することにかんがみるならば、ある特定の事例につきおよそ**唯一**の正しい評価とは何かと問うことは、すでにその出発点において誤った問いかけである。意見の一致が期待できるのは、せいぜい基本的な判断 (たとえば、免責の可否) や犯罪の

---

23) Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961, S. 261; Zipf, *Die StrafmaBrevision*, 1969, S. 165 ff.; Bruns, *Strafzumessungsrecht*, 2. Aufl. 1974, S. 91 f. を参照。それに類似するのは、Jescheck, *Strafrecht. AT*, 4. Aufl. 1988, § 82 III 3.

24) Henkel, *Die „richtige“ Strafe*, 1969, S. 36 ff.; Streng, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, 1984, S. 301 f.; ders., *Die Öffnung der Grenzen und die Grenzen des Strafrechts*, in: *Juristenzeitung* 1993, 109 ff., 112 f. をぜひ参照されたい。

25) たとえば、Becker, *Aussenseiter. Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*, 1981, S. 3. の記述のみを参照。

重さの大まかな評価に限られ、具体的な刑量の最終的な微調整の判断に関し、そのような一致は期待すべくもない。従って、多くの部分文化から成る全体文化の枠内において形成される、具体的事例についての評価の上での合意は、最初から幅の範囲内でのみ可能であるか、上限・下限の間での一定の許容域としてあらわれるにすぎないのであって、点の理論が言うように、法律上の刑罰枠の中に一点で定まるようなものではありえないのである。

## 2. 幅の理論の適用について

幅の理論の大きな弱点は、この理論がすでに抽象的次元で見解の対立がある責任概念<sup>26)</sup>に完全に依存しており、それを具体化しようとすれば、不可避免地に、判断する者の個性を反映して大きなぶれが生じてしまう、ということにあるように思われる<sup>27)</sup>。類似の事例についての著しい刑量の格差や、仮定的なケースを用いた実験において示される量刑判断の不一致が、そのことを印象的に裏付けている<sup>28)</sup>。

幅の理論は、その中核において、正義感覚〔正しさに関する価値観〕に基づいており、それは実質的にほとんど検証不可能なものである。幅の理論を、判決発見に関する「ブラックボックス・モデル」と言うことには、当たっている面もあるのである。幅の理論において、裁判官は、個々の犯行を、その特殊性——すなわち、犯罪的意思の強さ、惹き起こした損害および累犯性——を考慮

---

26) Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 41 ff.; ders., Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S. 8 ff.; Jescheck, Wandlungen des Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, in: Juristische Blätter 1998, 609 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 419; Roxin, Strafrecht. AT 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 18 ff.を参照。

27) Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 201 ff.を参照。なお、責任に応じた量刑の実践可能性に関する、実態に即したきめ細やかな分析として、Frisch, Individualprävention und Strafzumessung, in: Festschrift für Kaiser, 1998, S. 765 ff., 781 f.を参照。

28) Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2002, Rn. 388 ff.で紹介されている諸資料を参照。

しつつ、法律がその種の犯罪について予定した刑罰枠の中に位置づける。その際、大幅に直感が作用するとしても、恣意的なものであってはならず、当該犯行の重大性(包括的な意味での)に相応したものでなければならない。軽いものであれば法定刑の下の方に、中程度の重さであれば法定刑の中ほどに、重いものであれば法定刑の上の方に、というように位置づけられなければならないのである<sup>29)</sup>。

判例は、たとえば判決理由中で、当該事案についての責任刑の幅を、〔何年から何年という形で〕明らかにすることまでは要求していない<sup>30)</sup>。つまり、重要なのは結局のところ、裁判官が結論において、〔軽すぎないという意味〕すでに、あるいは、〔重すぎないという意味〕なお責任に相応すると思われる刑を科していること、そしてその際、当該事例で考慮されることが求められる程度に犯罪予防の必要性を考慮したと認められること、にすぎないのである<sup>31)</sup>。もし裁判官が、幅の理論のモデルに則った段階的な方法を用いることなく、複合的な要素を一度に総合的に評価することにより、同じ宣告刑を導いたという

---

29) 「連続的な重さのスケールとしての法定刑」については、Dreher, Über Strafrahmen, in: Festschrift für Bruns, 1978, 141 ff., 149 ff. を参照。

30) この点については、Schaffstein, in: Festschrift für Gallas, 1973, S. 99 ff., 107; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 108 f.; Maurach/Zipf, Strafrecht. AT2, 7. Aufl. 1989, § 63 Rn. 77 を参照。それに批判的なのは、Gehring, Universitäre Ausbildung im Recht der Straftatfolgen, in: Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften, hrsg. v. Ostendorf, 1986, S. 186 ff., 202 f.; Grasnack, Strafzumessung als Argumentation, in: Juristische Ausbildung 1990, 81 ff., 84; Meine, Der Schuldrahmen in der Praxis der Strafzumessung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1994, 159 ff., 162 ff.

31) 学説の前提理解〔責任幅の確定段階とその後の予防的考慮の段階を画然と分ける思考〕に対する批判として、たとえば、Lackner, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978, S. 14; Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 31 ff.; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 40 f.; Köberer, Iudex non calculat, 1996, S. 55 f.; Jescheck/Weigend, Strafrecht. AT, 5. Aufl. 1996, § 82 IV 6. を参照。

場合、量刑理由で、正義にかなった刑という観点と必要な予防的観点を適切に考慮したことが説得的に論証されている限り<sup>32)</sup>、上告審裁判所はいかなる判決の瑕疵も認めないであろう。

厳密に言えば、幅の理論以外のどのような量刑理論を採ったとしても、行為責任を問題とする限り、そのような認識ないし評価の上での不確かさが現れてくることは間違いない。ともかくも幅の理論だけが、そのような不確かさを過度に問題化させない点で穏当といえるし、そればかりか、量刑の正当化という観点では、この不確かさからポジティブな側面すら引き出すことができる。すなわち、この理論は、効果志向 (Folgenorientierung)<sup>33)</sup> [処罰の可否・程度を、そのもたらす将来的効果に即して決すること] という現代刑法の指導原理を、少なくとも考え方の大枠において、責任主義の原則と調和させたと主張することが可能である。というのは、責任の上回りや下回りが認められないということを経由し、またその限りで、量刑における予防的観点を二重に機能するものとして考慮できることになるからである<sup>34)</sup>。その二重の機能とは、次のよう

32) それについて詳しくは、Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 746 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 581 ff. を参照。

33) それについて詳しくは、Müller-Dietz, Folgenorientierung und Strafzumessung, in: Festschrift für Spendel, 1992, S. 413 ff.; Kunz, Einige Gedanken über Rationalität und Effizienz des Rechts, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 187 ff., 193 ff.; Kaiser, Kriminologie - Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, § 30 Rn. 3 ff., 19. さらに、Arzt, Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheit im Strafrecht, in: Festschrift für Stree/Wessels, 1993, S. 49 ff., 67; Streng, Modernes Sanktionenrecht?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999), 827 ff., 860 f.

34) Streng, Grundfälle zum Strafzumessungsrecht, in: Juristische Schulung 1993, 919 ff., 920 f.; ders., Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“, in: Festschrift für Müller-Dietz, 2001, S. 875 ff., 886 f. を参照。さらに、Jescheck/Weigend, Strafrecht. AT, 5. Aufl. 1996, § 82 IV 6. しかし、Neumann, in: Festschrift für Spendel, 1992, S. 435 ff., 441 ff., 443; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 37 ff., 77 f.; Freund, Straftatbestand und Rechtsfolgenbestimmung, in: Goldammer's Archiv 1999, 509 ff., 533 f. は、本文のような理解に批判的である。

なものである。第1に、刑量を決めるために予防目的を考慮することが可能となるので、量刑の中心をなす行為責任評価が不確実であるという(しばしば問題視された)難点が緩和される。そして第2に、処罰に犯罪予防の意味を込めることにより、国家刑罰の正当性を、功利主義的見地から補強できることになる。つまり、幅の理論の意味において、純粋な責任刑を「点」としてではなく、一定の枠の中の「幅」として観念するのであれば、予防的観点を併せ考慮して決められた刑量が、常に責任を下回るか、それとも上回るかのどちらかであり、従って憲法上保障された責任原則と矛盾した関係に立つと考えなければならぬ、という困った事態(Verlegenheit)から免れることができる。処罰に犯罪予防の意味を込めるべきことは、合理性の基礎を持つ刑法にとり欠くべからざることであるとするのが一般的見解であるが、それを刑法理論上正当化できるのかという問題が、刑量が「すでに」または「なお」責任相当と感じられる限りにおいて、緩和されることになるのである。

幅の理論のもう1つの長所として、次のことが言えるだろう。すなわち、この理論のモデルに従い、まず責任の幅を考え、しかる後に予防を取り上げる段階的な方法をとることにすれば、裁判官自身が、自らの量刑判断を体系的にチェックするための基礎が与えられることになるのである<sup>35)</sup>。

ところが、ドイツの量刑、従って幅の理論には、次第に深刻化している実務的問題がある。それは、国民の間でより重い処罰を求める声(Punitivität)が高まっており、裁判所もまた、性犯罪(付録のグラフI-2を参照<sup>36)</sup>)および特

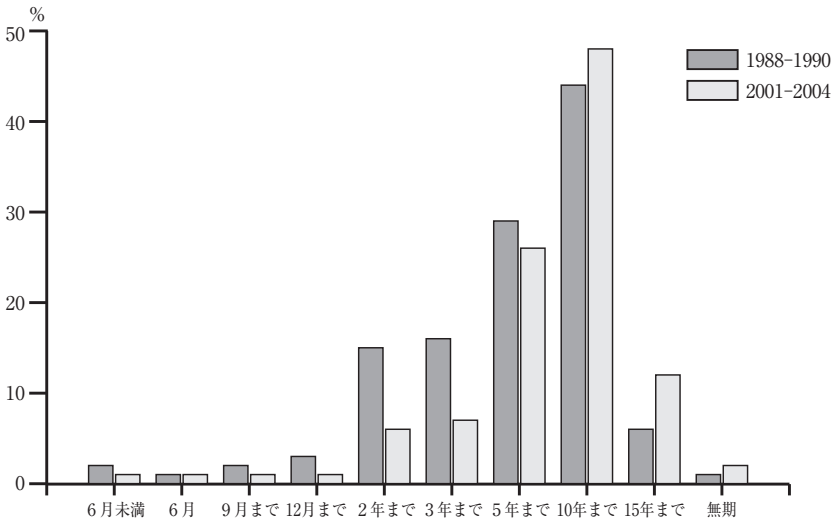
---

35) それについては、Meine, Die Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung, 1990, Rn. 125 ff., 133 ff. さらに、Schaffstein, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, in: Festschrift für Gallas, 1973, S. 99 ff., 107.

36) そこで比較の対象とされた年〔1988年と2004年〕に下された性犯罪による有罪判決は、各6,500件を上回る。

に殺人罪の領域でますます重い刑を科す傾向を示していることである<sup>37)</sup>。グラフ I は、故殺罪〔通常の故意殺人罪。ドイツ刑法212条の法定刑は、原則として5年以上15年以下の自由刑、特に重い場合には無期自由刑〕の有罪判決において、5年から10年、および10年を超える重い自由刑が科されるケースが、最近、1980年代末から1990年代初頭の頃と比べて著しく増加していることを示している<sup>38)</sup>。故殺罪に関する現在の実務は、長期の自由刑を科す傾向をはっ

グラフ I 故殺罪の量刑

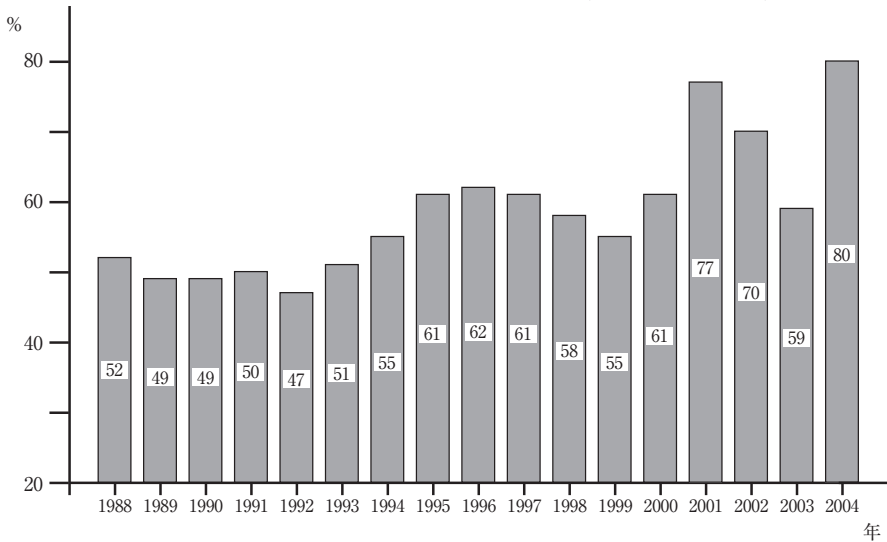


37) 最新の資料として、Streng, Straftatmentalität und gesellschaftliche Entwicklung — Aspekte zunehmender Punitivität, in: Kriminalitäts-Geschichten. Ein Lesebuch über Geschäftigkeiten am Rande der Gesellschaft, hrsg. von Behr/Cremer-Schäfer/Scheerer, 2006, S. 211 ff., 216 ff.; ders., Befunde und Hintergründe zunehmender Punitivität, in: Verantwortung für Jugend, hrsg. von der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, 2006, S. 354 ff. に挙げられたものを参照。

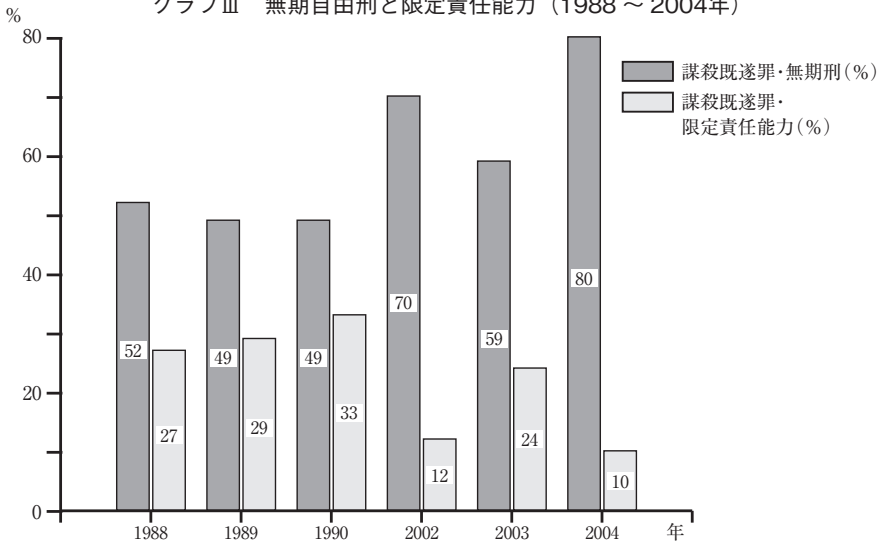
38) グラフ I では、比較の基礎となる資料を十分なものとするため、3年分(1988-1990年および2001-2004年)のデータを一まとめにして扱った。その時期に下された一般刑法の故殺罪(既遂・未遂)による有罪判決は、各年330件から380件である。



グラフⅡ 謀殺既遂罪に対する無期自由刑 (1988～2004年)



グラフⅢ 無期自由刑と限定責任能力 (1988～2004年)



きりと示しており、法定刑の広い幅の中で上限に近いところはほとんど使われていないという原則<sup>39)</sup>の顕著な例外を成しているのである。

さらに、**グラフⅡ**は、謀殺罪〔加重殺人罪。ドイツ刑法211条の法定刑は無期自由刑〕の既遂の事案につき、刑がますます重くなっていることを示している。より頻繁に無期自由刑が言い渡されるようになったのである。**グラフⅢ**が示すように<sup>40)</sup>、このような傾向は、最近、酩酊に起因する犯行について、裁判所が限定責任能力（刑法21条〔日本の刑法39条2項と異なり、任意的な刑の減輕事由である〕）による刑の減輕にかなり消極的になっていることと関連性がある。酩酊犯人に対して刑の減輕を認めないこの最近の傾向は、2つの態様・方法で生じうるものである。第1に、刑法21条の限定責任能力の要件を充足することを肯定しつつ、しかし、酩酊について犯人自身に責任のあるケースであるということで、任意的な刑の減輕を否定することができる。最近、連邦通常裁判所の第3刑事部が、この方法に理由づけを与えた<sup>41)</sup>。あるいは、第2に、最初から刑法21条の適用を肯定するための要件をより限定的に考えることでも

---

39) それについては、Schott, Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung, 2004, S. 255 ff. を参照。さらに、Götting, Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis, 1997. なお、謀殺罪のケースでドイツ刑法49条1項による刑の減輕がなされた場合についての、処断刑の「上からのアプローチ」に関する判例をも参照。それについては、Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2.Aufl. 2005, § 46 Rn. 158, 175.

40) **グラフⅢ**で評価対象とされた年〔1988年、1989年、1990年、2002年、2003年、2004年〕に一般刑法の謀殺罪で有罪とされた者は、最も少ない年で100名、最も多い年で185名である。

41) それについては、BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2003, 2394 ff. (= BGHR, § 21 StGB, Strafrahmenverschiebung 31) を参照。それに批判的なのは、Streng, Ausschluß der Strafmilderung gem. § 21 StGB bei eigenverantwortlicher Berausung?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, 2963 ff.; Neumann, Erfolgshaftung bei „selbstverschuldeter“ Trunkenheit?, in: Strafverteidiger 2003, 527 ff.; Frister (Urteilsanmerkung), in: Juristenzeitung 2003, 1019 f.; Rau, Verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) und selbstverschuldete Trunkenheit, in: Juristische Rundschau 2004, 401 ff. 逆に判例に賛成するものとして、Foth (Urteilsanmerkung), in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2003, 597 ff.

きる。それは、連邦通常裁判所の第1刑事部のある判決が、責任判断を左右する規範的要素の存在を指摘しつつ、示唆した方法である<sup>42)</sup>。この後者の方法がとられていることは、グラフⅢにはっきりとあらわれている。

幅の理論に関連していえば、この理論が、裁判官に対し広い裁量の幅を認めることにより、国民の処罰感情の高まり (Punitivität) を量刑に反映させる方向に働くものであることは否定できない。しかし、そのような処罰感情への追従は、疑問に思われる。なぜなら、この点に関連する諸研究を見ても、厳しい刑を科すことが一般予防的観点から原則的により望ましいということを示唆す

---

42) BGHSt 43, 66 ff., 77. を参照。

43) 刑罰の予防効果について全般的に、Kunz, Überlegungen zur Strafbemessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage, in: Entwicklungslinien der Kriminologie, hrsg. von Kielwein, 1985, S. 29 ff., 43 f.; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 66 ff.; Müller-Dietz, Prävention durch Strafrecht: Generalpräventive Wirkungen, in: Kriminalprävention und Strafjustiz, hrsg. von Jehle, 1996, S. 227 ff.; Schöch, Die Rechtswirklichkeit und präventive Effizienz strafrechtlicher Sanktionen, in: Kriminalprävention und Strafjustiz, hrsg. von Jehle, 1996, S. 291 ff.; Heinz, Kriminalpolitik an der Wende zum 21. Jahrhundert, in: Bewährungshilfe 2000, 131 ff., 146 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2.Aufl. 2002, Rn. 54 ff., 61 ff., 273 ff.; Villmow, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2.Aufl. 2005, Vor § 38 Rn. 62 ff. を参照。

44) たとえば、Kaiser, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970, S. 380 f., 392 f., 595 f.; Albrecht/Dünkel/Spieß, Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 64 (1981), 310 ff., 314; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 67 ff.; Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, § 91 Rn. 4; Kerner, Erfolgsbeurteilung nach Strafvollzug, in: Jugendstrafvollzug und Bewährung, hrsg. von Kerner/Dolde/Mey, 1996, S. 3 ff., 89; Heinz, Kriminalpolitik an der Wende zum 21. Jahrhundert: Taugt die Kriminalpolitik des ausgehenden 20. Jahrhunderts für das 21. Jahrhundert, in: Bewährungshilfe 2000, 131 ff., 148 ff., 152; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 278 f.; Villmow, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2.Aufl. 2005, Vor § 38 Rn. 68 ff.; Walter, Jugendkriminalität, 3. Aufl. 2005, Rn. 335. を参照。

る何らの手がかりも得られないからである。同じことは、特別予防の視角からの調査研究についてもあてはまる<sup>43)</sup>。そうであるとすれば、「交換可能性の仮説 (Austauschbarkeits-Hypothese)」<sup>44)</sup> がいうように、行為責任に相応する重い処罰は、予防的有効性を損なうことなく、より軽い処罰をもって代替することが可能だということになる（そのような軽い処罰では、当該の犯行があまりに軽い評価をされたという印象が生じてしまうという場合は別であるが）。従って、裁判官に対しては、予防的に無意味な処罰感情とは距離を置くという意味で、職業専門家らしい対応を期待しなければならない。

### Ⅲ. 「非対称的幅の理論」についての考察

#### 1. 前提的考察

刑罰は、国家が犯人に対し意図的に害悪を賦課するものである以上、法益保護の任務に役立つ限りで正当化されうると考えられるようになってから、裁判官が責任に相応するものとする刑を科すことを当然視する伝統的な考え方は、批判を免れないものとなったように思われる。通例かなり広いものと想定されている責任の幅の真中あたり、さらには上限近くに刑を定めることは、憲法上の比例原則に十分に配慮したうえで限定的にのみなされるということになる。というのも、伝統的な考え方の前提には、犯人が行ったことに「見合う」ものを科せられるべきは当然とする、昔からの独善的な感覚があるのである。

民主主義的社会にふさわしい「市民刑法」は、一方において、一般国民の価値感覚やそれに応じた処罰要求が、裁判所により真剣に受け止められなければならないということの意味する<sup>45)</sup>。社会で機能を発揮する量刑の条件は、裁判の正義ひいてはその規範確証機能が、市民の大多数の目から見て維持・確保されていることである。しかし、他方において、市民刑法は、犯人もまた市民

---

45) Streng, Die heranwachsende Juristengeneration und die Aufgabe des Strafrechts, in: *Bewährungshilfe* 2000, 422 ff., 434 f. を参照。

の1人であり、その社会復帰の利益は強く尊重されなければならないことをも求める。従って、ここでは次のような妥協が図られなければならない。すなわち、裁判官が、具体的事例についての刑をその事例における責任の幅の中で導いたとすれば、それによって、量刑は市民による責任評価に拘束されていることになるを考える。他方で、裁判官は、可能な限り最低の刑、すなわち責任の幅の下限に近いところに刑を定めるようにすることで、無意味に厳しい、今後の犯人にとって有害でしかない処罰を回避するというわけである。このような物の見方は、連邦憲法裁判所が発展させた「意味があり、節度がある処罰」<sup>46)</sup>の要請にかなうものであるし、刑法学の文献においても支持を見出せる<sup>47)</sup>。

このようなアプローチの根拠づけとして、憲法の比例原則にまで遡ることは、問題がまさに刑法の領域のことがらである以上、自明のことではないかもしれない。というのは、責任の量として具現化された正義の要請が、比例原則における必要性の判断基準として拘束力を持つのは、責任の程度を超える刑であれば比例原則違反になるという限度において〔逆に言えば、責任の量を超えない限り比例原則違反にならない〕とも思えるからである<sup>48)</sup>。しかし、刑が責

---

46) BVerfGE 28, 386 ff., 391; BVerfGE 45, 187 ff., 253; BVerfGE 73, 206 ff., 253. を参照。

47) Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, S. 171 ff.; Grasnack, Strafzumessung als Argumentation, in: Juristische Ausbildung 1990, 81 ff., 87; Löhr, Im Zweifel weniger, in: Strafverfolgung und Strafverzicht, hrsg. von Ostendorf, 1992, S. 579 ff., 592; Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992, S. 137 f.; Horn, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl. 2001, § 46 Rn. 35 を参照。さらに、Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Lebendiges Strafrecht. Festgabe für Hans Schultz, 1977, S. 463 ff., 472; Kunz, Überlegungen zur Strafbemessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage, in: Entwicklungslinien der Kriminologie, hrsg. von Kielwein, 1985, S. 29 ff., 37; Müller-Dietz, Folgenorientierung und Strafzumessung, in: Festschrift für Spindel, 1992, S. 413 ff., 427; Frisch, Individualprävention und Strafzumessung, in: Festschrift für Kaiser, 1998, S. 765 ff., 772 f.

48) BVerfGE 50, 205 ff., 215; BVerfGE 73, 206 ff., 253. を参照。

任に相応する幅の枠内にあるならば、それだけで当然に比例原則違反にはならない、というのは行き過ぎであろう<sup>49)</sup>。すなわち、責任に相応する刑の幅の中にあっても、一般的な比例原則の適用、つまりその刑が真に必要なものかどうかを十分に考慮したうえでの量刑判断の余地があるのである。

## 2. 非対称的幅の理論による刑の確定方法

上述した基本的な考え方からすると、量刑判断にあたって、裁判官は、法定刑・処断刑のある場所に当該事例を位置づけるために——あるいは、まず前法律的な判断によりなされた暫定的な位置づけの事後的修正のために<sup>50)</sup>——どこに責任の幅の下限が存在するか、すなわち、そのケースにおいて、どの刑罰が、下方から見えていって「すでに責任に相応するもの」と認められるかを明らかにしなければならないということになる。そうすると、具体的事例における責任の幅の上限・下限を確定することがそもそも可能であるのかについて、経験的に明らかにする必要が出てくる。というのは、幅の理論に対しては、しばしば、具体的ケースについての責任幅の上限・下限をはっきりと示すのは不可能だ、という批判が加えられてきたからである<sup>51)</sup>。

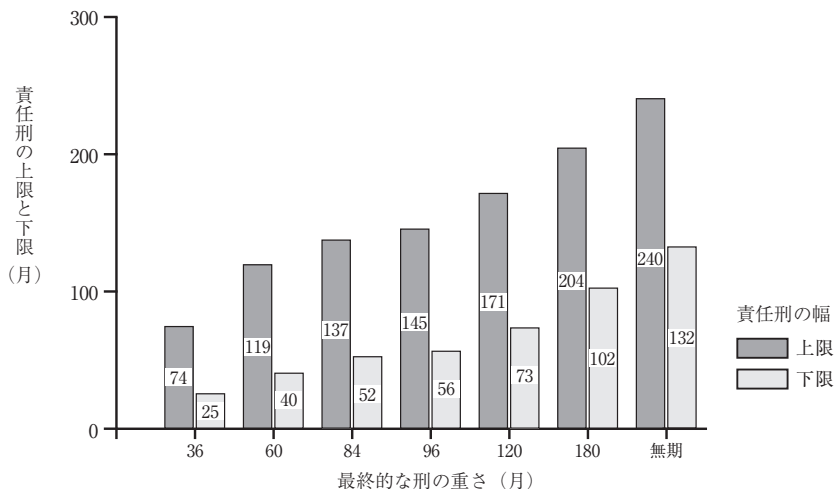
この問題を解明するため、1999年と2001年に、総数453名の法学部学生に対して書面によるアンケートを行い、激情による故殺罪のケースについて、事実を詳細に示したうえで、いかなる刑が相当であると考えるかについて答えさせた。補充的に、責任刑の幅の広さを調査する目的で、すでに正義にかなったものといえるためには少なくともどの程度の重さの刑でなければならないのか、また、なお正義にかなったものと認められるためには最高どの程度の重さの刑

49) Weigend, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, in: Festschrift für Hirsch, 1999, S. 917 ff., 929 f. をも参照

50) それについて詳しくは、Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2.Aufl. 2002, Rn. 496 ff., 512, 596 ff.

51) たとえば、H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 38 f. を参照。

グラフⅣ 刑の重さと責任刑の幅



であっても大丈夫かについても質問した<sup>52)</sup>。グラフⅣには、多くの学生（少なくとも20名）により相当とされた刑についての責任刑の幅（自由刑の月数の平均値）をX軸上に示した。そのうち、学生が相当な刑だとした数が最も多かったのは、5年と10年であった（それぞれ77名）。そこで、これらを説明のために取り上げると、5年〔60月〕の自由刑を選んだ学生が、責任刑の幅の下限としてあげたものを平均すると3年4月〔40月〕、上限としてあげたものを平均すると9年11月〔119月〕であった。従って、責任刑の幅は6年と7ヶ月となる。10年〔120月〕を選んだ学生の責任幅の下限の平均は6年1月〔73月〕であり、上限の平均は14年3月〔171月〕であった。従って、責任刑の幅は8年と2ヶ月ということになる。

52) 無期自由刑の回答については、240月（20年）に換算した。この調査研究の詳細については、Streng, Strafzumessungsvorstellungen von Laien, in: Monatsschrift für Kriminologie 87 (2004), 127 ff, 138 ff. を参照。

ここで明らかになっているのは、調査対象者の法感覚から決められた責任刑の幅というものが、いかに極端に広いものなのかということである。ここでは、法治国家原則としての比例原則を付加的に考慮することの必要性がはっきりと裏付けられている。他方でまた、責任に相応する刑の下限と上限とをあげることが、対象者にとって無理な要求ではないということも示されている。

しかしながら、点の理論にいうところの点の責任刑を確定できないのと同じように、責任幅の下限と上限とを確定した値として認識できないことは、やはり認めざるをえない<sup>53)</sup>。それは常に価値的評価であり、不可避的に著しい不確実さを伴うものなのである。このようにして、私が推奨する非対称的幅の理論、すなわち、責任の幅の下限からスタートする方法がもたらしうるものに限界があることを、見過ごすことができない。というのは、この方法をとったとしても、裁判官の個性により異なった責任評価がなされうるという量刑の中心的問題も、それに応じて刑量にアンバランスが生じるという問題も、いずれも解消できないからである。量刑における価値評価の不確実性は、それが問題たることを全く失わないのであって、とりわけそれは、責任の幅の下限を決めるにあたって問題となる。裁判官の個性により、責任の幅が異なってしまうことにも注意が必要である。これに対し、幅の上限は、責任幅の下限からのアプローチによる場合、ごく稀にしか利用されないであろう。

さらに、非対称的幅の理論の実践的合理性に対しては、次のような批判もありうるだろう。すなわち、あらゆるケースで基本的に責任の幅の下限からスタートするのであれば、予防的考慮による刑の加重がなされていない場合、仮に犯人が将来罪を犯さないであろうということが例外的なほど高度に予測される事例であっても、〔責任幅の下限よりも〕さらに下の方へと伸びていく幅はもはや存在しないことになるのだろうか。そのような例外的な場合には、なんとしても特別予防的に最適といえる軽い刑を科せるようにしたいと

---

53) Dreher, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, in: Juristenzeitung 1967, 41 ff., 45を参照。類似の理解として、H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 38.



いう願望は、様々なアプローチによって実現されうるだろう（ここでは本格的検討なしに列挙することしかできないが）。第1に、再犯に陥らないであろうことが基本的には予測されうるが、しかし上述したような意味で異例とまではいえない状況の場合には、刑はおおむね幅の下の方に落ち着くものの、文字通りの幅の下限（またはその直近）に位置づけられるというわけではない。そうだとすると、例外的な事例のために必要とあらば、文字通りの下限に至るまでの幅がまだ残されているということになる。第2に、異例といえるほど社会によく順応している犯人に、（その点を度外視すれば責任の重さが同じくらい）予後予測の良好さにおいて平均的な程度にとどまる犯人よりも軽い刑が科されるということは、責任の幅——それ自体は、両者に共通する——から刑量を具体化するにあたって、さらなる個別化が行われうるということによっても説明されうる<sup>54)</sup>。〔後掲3. で紹介する〕「犯罪の重さと均衡した量刑 (tatproportionale Strafzumessung)」の理論は、特別予防的考慮による刑の軽減を認めないのであるが、その主張者ですら、「人間が過ちを犯しうる存在であることに免じた赦し」として、初犯者を特別に優遇することに賛成している<sup>55)</sup>。

---

54) 責任の量を具体的な刑量へと数量化する段階については、Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2.Aufl. 2005, § 46 Rn. 26 ff. を参照。

55) von Hirsch, Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 47 ff., 72 ff. また、Ashworth, Kriterien für die Proportionalität der Strafe, aaO., S. 83 ff., 91 f. をも参照。もっとも、Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 164 ff. は異なった考え方をとる。

56) それについては、Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963, S. 44 ff.; Burkhardt, Charaktermängel und Charakterschuld, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht. Erster Teilband, 1980, S. 87 ff., 103 ff. を参照。なお、「犯罪行為に先行する落ち度 (Vorverschulden)」としての行状責任のアンビバレントな取扱いについては、たとえば、Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 146 f., 219 ff.; Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 355 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2.Aufl. 2002, Rn. 452, 717 ff. を参照。

その意味するところは、当該の犯罪の重さを量刑へと具体化するにあたって、かかる場合にはとりわけ謙抑的になるべきだということにほかならない。第3のオルタナティブとして、量刑の本質的基準となる行為責任に、行状責任 (Lebensführungsschuld)<sup>56)</sup>の観点を織り交ぜることで、上述の刑の個別化を説明することもできる。それまでの行状に非の打ちどころのなかった人物の犯罪行為は、どちらかと言えば平均的な経歴にとどまる者の、その他の点では同じくらいの重さの犯行と比べれば、基本的にそれほど重くない犯罪として評価される。このこともまた、似たような事例群について、下限の異なる責任幅を認めることへとつながるのである。第4に、異例なほどにうまく社会に順応している犯人について、刑を大幅に引き下げることにはそもそも何の問題もないと考える者もいる。責任による量刑限定機能を、刑の上限を画するという意味においてのみ承認し、それゆえ、特別予防を理由とする責任相応刑の下回りを基本的に許容されるものと解する論者である<sup>57)</sup>。ただし、このようなアプローチによる場合、幅の理論はその固有の主張内容を奪われることになってしまふであろう<sup>58)</sup>。

### 3. 展望

上述した評価の不現実性の問題を緩和するためには、他の裁判所がどのような量刑判断を行っているかについて情報を収集することにより、合意形成を進めることが推奨される<sup>59)</sup>。その場合には、地域を超えたアプローチをとるべ

---

57) Lackner, Über neuere Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die Praxis, 1978, S. 25; Schünemann, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen in der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium, 1987, S. 209 ff., 211; Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 53 f. を参照。

58) Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 47 f., 97. を参照。

きであろう。ただ直接に知っている裁判官仲間の量刑実務だけを参考にすると  
いうのでは、その場所・その地域ごとに異なった量刑慣行が形成されることにな  
り、その限りで不正義をもたらすことになるからである。残念ながら、ドイツ  
の刑事訴追統計に示されている事案の記述はあまりにも概括的で、合意形成  
を促進できるようなものにはなっていない。

ちなみに、「犯罪の重さに均衡した量刑」(proportionate sentencing) という  
モデルが、とりわけ英米やスカンジナビアの学説に支持者を見出しているの  
であるが<sup>60)</sup>、この考え方のほうが、均衡的正義を促進するうえで決定的な改善  
をもたらすのではないかと、という問題が提起されうる<sup>61)</sup>。このモデルに  
おいては、刑の重さの基準としては、もっぱら犯行の重大性が強調される。犯  
罪予防目的を考慮するときなどには不平等な量刑となるおそれがあるので、そ  
れを回避することが必要だというわけである。しかし、この理論の弱点は、被  
害者にはっきりとした侵害の結果がない場合、たとえば、未遂犯や危険犯の場

---

59) Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 304 ff.; ders., Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1989, 393 ff.; Frisch, Straftatsystem und Strafzumessung – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, hrsg. von Wolter, 1993, S. 1 ff., 28 ff. を参照。

60) Schönemann, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 209 ff., 224 ff.; von Hirsch/Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; von Hirsch, Censure and Sanctions, 1993; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999; Jareborg, Humanity and Sentencing, in: Scraps of Penal Theory, 2002, S. 107 ff.; von Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe: Straftheoretische Abhandlungen, 2005, S. 131 ff.; von Hirsch/Ashworth, Proportionate Sentencing, 2005 を参照。さらに、Frisch/v.Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003 所収の諸論文を参照。

61) 詳しくは、Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 109 ff.

合に明らかとなる。また、この理論を採るとき、被害者に生じた被害の大きさをその程度に応じてランクづけた一覧表のようなものが必要になるだろうが、それは現在のところ存在しない。同様に、被害の程度と刑の重さの間の均衡をとって対応させるための換算の基準が必要だが、それも存在しないのである。さらに言えば、この犯罪均衡説が、予防的考慮を、量刑の確定の判断、ましてや制裁の選択の判断からすら排除することは、ドイツにおいては全く立ち行かない。なぜなら、それは法律の要求するところ（特に、刑法46条1項2文）と相容れないからである<sup>62)</sup>。

#### IV. 責任に応じた量刑の新たな問題領域

従来型の幅の理論も、ここで紹介したタイプのそれも、行為責任主義がどれだけ頼りになる原則であるかに決定的に依存している。行為責任主義、そして、刑法46条1項1文が予定している責任による量刑の拘束全体に限界があることは、最近の判例にみられる問題領域において明らかなものとなっている。

##### 1. 軽微犯罪における行き過ぎた累犯加重

最近の高等裁判所レベルの判例でくり返し示されているのは、多数の同種前科を持つ者により行なわれた軽微な犯罪については、社会心理的評価に基礎を持つ行為責任による処罰の歯止めが十分に働かない場合があるのではないかと、ということである。というのも、前科の存在は、一定の犯罪、特に財産犯の量刑においては、きわめてはっきりと、刑を重くする方向で作用する<sup>63)</sup>。つまり、行為者が以前の——とりわけ同種の犯罪による——有罪判決を「警告として役立てなかった」という事実が、原則として初犯者と比べより重い刑を科す

---

62) Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 191 ff., 326 ff.は、このこと〔犯罪均衡説とドイツ刑法（特に、56条や59条）の不整合性〕を認める。しかし、von Hirsch/Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991, S. 56 ff.はそれを相対化している。

理由とされている<sup>64)</sup>。このように再犯ゆえに刑を加重する根拠は、反復により法秩序を軽視する態度がよりはっきりと示され、それに応じてより重い責任評価がもたらされることであるとされている<sup>65)</sup>。ここでは、裁判官は、犯罪が反復されることによる規範の効力への侵害を重視する<sup>66)</sup>のに対し、個別的な被害は大したものではなく、そこに大きな乖離が生じることとなる。再犯のゆえに重く評価するという考え方を貫けば、刑の重さは、容易に、惹き起こされた法益侵害との合理的な関連性をもはや感じさせないほどに重いレベルのものになってしまう。たとえば、被害額26セント〔約40円〕の万引きに対して、

---

63) その点に関する調査結果については、Meier, Die Strafzumessung bei Rückfalltätern in der Bundesrepublik Deutschland, in: Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle, hrsg. von Kerner/Kury/Sessar, 1983, S. 1333 ff., 1350 ff.; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 333 ff., 381 ff.; Höfer, Sanktionskarrieren, 2003, S. 105 ff.; Götting, Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis, 1997, S. 230 f.; Schott, Gesetzliche Strafrahmen und ihre trichterliche Handhabung, 2004, S. 245 ff.; Streng, Verfahrensabsprachen und Strafzumessung, in: Festschrift für Schwind, 2006, S. 447 ff., 453 ff., 461 f. を参照。

64) BGHSt 24, 198 ff., 200 を参照。この点について、たとえば、Bruns, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988, S. 59; Gribbohm, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2003, § 46 Rn. 158 ff.; Franke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2003, § 46 Rn. 40; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 2004, § 46 Rn. 37.

65) Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 92 (1980), 637 ff., 651; Freund, Straftatbestand und Rechtsfolgenbestimmung, in: Goldammer's Archiv 1999, 509 ff., 528 f.; Frisch, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, hrsg. von Roxin/Widmaier, 2000, S. 269 ff., 285, 291 f. を参照。さらに、Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 93. このような考え方に批判的なのは、Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 18.

66) そのような考え方に対する根本的批判として、Radtko, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2003, Vor § 38 Rn.16 f.

自由刑が言い渡されるというようなことが起こるのである<sup>67)</sup>。

高等裁判所の判例は、そのようなケースにおいて極端な結論を修正するために、具体的な結果不法の優位ということをししばしば拠り所としている<sup>68)</sup>。また、直接に、憲法の比例原則を頼りにすることもある<sup>69)</sup>。そのように考えるとすれば、この特別な問題領域においてではあるものの、前述した「犯罪の重さに均衡した量刑」の理論への接近が看過できないのである。

## 2. 王冠証人に対する刑の軽減

いわゆる王冠証人 (Kronzeuge)、すなわち、当該犯罪に直接関与した者や関連する犯罪の行為者で、より重い犯罪の解明に貢献した者を、処罰のうえで著しく有利に扱うことを認めるべきかについて、盛んな議論がある。テロ犯罪に適用された1989年6月の王冠証人法 (Kronzeugengesetz) は、1999年で失効したが、その後を継ぐ法律をまた設けるべきかどうかをめぐって議論がなされている<sup>70)</sup>。現在では、薬物取締法〔麻薬法〕 (Betäubungsmittelgesetz) 31条が、薬物犯罪の解明またはその阻止に自発的に協力した薬物犯罪者に対する刑の減輕または免除を認めている。しかしながら、王冠証人規定は、次のような理由

---

67) OLG Stuttgart, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 3188 f. を参照。

68) OLG Braunschweig, Neue Zeitschrift für Strafrecht-RR 2002, 75 f.; OLG Stuttgart, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 3188 f.; OLG Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift 2003, 1825 f. を参照。さらに、KG Berlin, Strafverteidiger 2004, 383 f. 基本的な考え方〔不法の重さを量刑の前提とすること〕については、Erhard, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992, S. 154 ff., 259 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 427.

69) OLG Karlsruhe, Monatsschrift für Deutsches Recht 1997, 85; OLG Stuttgart, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 3188 f.; OLG Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift 2003, 1825 f. を参照。さらに、OLG Braunschweig, Neue Zeitschrift für Strafrecht-RR 2002, 75 f.; OLG Celle, Neue Zeitschrift für Strafrecht-RR 2004, 142.

70) BGBI. I, 1989, S. 1059 ff., 1061を参照。後継の規制をめぐる議論について、たとえば、BT-Drs. 14/5938を参照。

から、疑わしいものであるように思われる。すなわち、われわれの社会の刑法は、一般国民の法的心情の維持およびそれを通じた規範遵守に役立つものでなければならず、従って、正義の思想か、それとも刑事政策上の便宜主義的考慮かという形で葛藤が生じたときには、前者が優先されなければならないのである。このような刑法の根幹は、上述の王冠証人規定により動揺させられた。それは、テロの首謀者であり謀殺犯人である者が、彼の——場合によっては責任がより軽い——共犯者を逮捕と無期の拘禁に送り込みつつ、自身は3年の自由刑しか科せられない、といった極端なことを認めていたのである<sup>71)</sup>。

### 3. 判決に関する合意

ドイツの刑事訴訟法は、起訴法定主義、職権調査主義（実体的真実主義）、直接主義、公開主義の諸原則を採っており<sup>72)</sup>、特に当事者訴訟を認めていない

---

71) 王冠証人規定に批判的な文献として、たとえば、Ranft, Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis, 2. Aufl. 1995, Rn. 1215; Volk, Kronzeuge praeter legem? Vernehmungspraxis, Vorteilsversprechen, Verdunkelungsgefahr, in: Neue Juristische Wochenschrift 1996, 879 ff., 881; Weigend, Das „Opportunitätsprinzip“ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 109 (1997), 103 ff., 111 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 25. Aufl. 1998, § 14 Rn. 20 をも参照。この問題全般について詳しくは、Jeßberger, Kooperation und Strafzumessung. Der Kronzeuge im deutschen und amerikanischen Strafrecht, 1999.

72) それらの諸原則に基づく、合意の許容性とその限界に対する疑問について、たとえば、Schünemann, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen – Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag (1990), in: Verhandlungen des achtundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Band I, 1990, B 80 ff.; Schmitt, Zur Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozeß, in: Goldammer's Archiv 2001, 411 ff.; Moldenhauer, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof?, 2003, S. 60 ff.; Beulke, Strafprozeßrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 395 f.; Kindhäuser, Strafprozeßrecht, 2006, § 19 Rn. 6 ff. を参照。

が、近年では、手続の結果に関する訴訟当事者の合意 (Absprache) が大きな意味を持つようになってきている。それが行われるのは、まず、裁判所にとって大きな負担となりつつある、大規模な経済事件の刑事手続においてである。ここでは被疑者・被告人の側が手続上様々な意味で有利な立場にあることから、しばしば合意による大幅な刑の割引がなされる<sup>73)</sup>。他方で、この合意手続は、特に性犯罪の事件の手続において、被告人に対し自白の誘因を与えるという形で、被害者保護の目的のために使われる。そのために、被告人に対し、自白が

73) それに関して、BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2004, 2536 ff., 2538 を参照。

74) Wagner, Das einvernehmliche Verfahren, in: Festschrift für Gössele, 2002, S. 585 ff., 596 ff.; Weider, Der verweigerte Deal – oder: Die Rache des Schwurgerichts?, in: Strafverteidiger 2002, 397 ff.; Salditt, (Entscheidungsanmerkungen), Strafverteidiger Forum 2003, 98 f.; Erb, Absprachen im Strafverfahren als Quelle unbeherrschbarer Risiken für den Rechtsstaat, in: Gedächtnisschrift für Blomeyer, 2004, S. 743 ff., 750 ff.; Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 86. を参照。

75) Streng, Verfahrensabsprachen und Strafzumessung, in: Festschrift für Schwind, 2006, S. 447 ff., 453 ff.; ders., in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 86 を参照。また、H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 420 (性犯罪の場合には、自白による刑の割引はなされていない、とする) も参照。

〔訳注 3〕 ここでシュトレング教授が、刑の割引は「見せかけ上のもの」にすぎないとされるのは、次のような趣旨である (Vgl. Streng, Verfahrensabsprachen und Strafzumessung, in: Festschrift für Schwind, 2006, S.453 ff., insbesondere, S.465f.)。すなわち、ドイツの量刑実務に関する実証的研究によると、性犯罪のような、古典的かつ正義に合った刑への要求が強い犯罪の場合、被告人の自白・協力といった量刑事情は、実はそれほど決定的な因子だというわけではない。とすると、自白によって裁判に協力した場合に、言われているように刑の3分の1ないし半分を割り引くといった思い切ったことが現実に行われているのかは、大いに疑問である。むしろ実際には、「自白すればこれ以上は科さないでおく」として予告された刑こそが、まったく普通に (責任に応じて) 量定された刑にほかならないのであって (割引が「見せかけ」というのはまさにこの意味)、「自白しなければここまで重くなりうる」として予告された刑は、被告人を望ましい態度に導くための威嚇として過剰に高く設定されているのではないか、というのである。



ない場合に考えられる刑の上限を示し、同時に、すべてを自白したときに想定される——はるかに軽い——刑の上限を予告するのである。しかし、恐るべき程度に広い「刑の格差」を告知するこの手法は、一種の強要としての性格さえ帯びるし<sup>74)</sup>、協力的な被告人に対する刑の割引は、実は見せかけ上のものでしかない<sup>75)</sup>〔訳注3〕。

単に訴訟戦術的考慮から打算的に自白をした被告人を量刑において大幅に有利に扱うことは<sup>76)</sup>、それにより責任の程度を下回る刑が科せられることになってしまうという理由で、量刑法の観点からはすでに根本的に疑わしいことのように思われる。というのも、訴訟戦術的自白は、量刑責任を減少させるものではないし、また、犯人が将来において再犯に陥らないことへの期待を高めるものでもない。とすれば、単なる訴訟戦術的考慮に基づく自白のゆえに大きく刑を減軽することは、幅の理論に反するものといえるのである<sup>77)</sup>。これに対して、「裁判所の負担を軽減」したことだけを理由に刑を軽くすることには、実体法的な根拠がない<sup>78)</sup>。被告人の訴追への協力を捉えて刑を軽くする方向

---

76) BGHSt 43, 195, 209 f. を参照。さらに、BGHSt 42, 191 ff., 194 f.; BGH, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, 366.

77) Dencker, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 102 (1990), 51 ff., 58 f.; Schünemann, Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, in: Festschrift für Baumann, 1992, S. 361 ff., 379; Weigend, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile?, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1999, 57 ff., 60 f.; Streng, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 85 をも参照。異なった理解として、Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 383 f.

78) Dencker, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 102 (1990), 51 ff., 58 f.; Schünemann, Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, Festschrift für Baumann, 1992, S. 361 ff., 379; Weigend, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile?, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1999, 57 ff., 60 f. を参照。異なった理解として、Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 383; Meyer-Goßner, Absprachen im Strafprozess. Entwicklung – gegenwärtiger Zustand – Zukunftsaussichten, in: Verfassungsrecht – Menschenrechte – Strafrecht, hrsg. von Böttcher/Huther/Rieß, 2004, S. 161 ff., 184.

で考えるためには、自白をしたという事実から、犯人が規律ある社会的共同生活の要請を実質的に承認しているという面がうかがえるということが必要であろう。これであれば、量刑責任の減少が肯定できるし、また行為者の再犯の危険性がより少ないともいえるので、訴追側に協力しようとしないうる被告人と比べて刑を軽くする理由たりうるだろう。こうしたことからすれば、「非対称的幅の理論」に従い、責任と予防を基準とする刑をすでに責任の幅の下限のところ位置づける以上、単に打算的に自白したことを理由にさらに刑を引き下げることは許容されない、と言わざるをえないのである。

#### 4. 長すぎる刑事手続を理由とする刑の軽減

手続に時間がかかりすぎたケースにおいては、例外的な刑の軽減を認めることに多くの論者が賛成する。判決まで非常に長い時間を要したというとき、事案により、責任に応じた科刑（Schuldausgleich）の要求を緩和させる2つの要素がともに作用する。すなわち、長すぎる手続の場合、まず、時間の経過それ自体が、犯行によって生じた規範の効力への侵害をやわらげる。行為責任の評価とは、犯罪に関連した規範確証の要請のその時点における表現にほかならないが、そこでは、時間の経過により、規範の効力に与えられた悪影響が弱められたことも考慮されるのである。それにより、以前の時点であれば〔手続が迅速に進んでいれば〕言い渡されていたであろう刑よりも軽くなることを説明できる<sup>79)</sup>。また、長すぎる手続——場合によっては、上訴が認められて公判手続がくり返されたこと——により被告人に生じた負担を、俗な意味で一種の「処罰」として捉え、これにより責任に応じた科刑の一部がカバーされたと考えられることもできる<sup>80)</sup>。もっとも、およそいかなる具体的要件の下で、行為者

---

79) BGH, Neue Zeitschrift für Strafrecht-RR 1998, 205; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 1985, S. 181; Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren. Materiellrechtliche und prozessuale Rechtsfolgen, 1991, S. 213 f. を参照。これに批判的なのは、Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 350 ff.

に生じた負担を「刑罰の代わり」と認めることができるのかは、刑法60条〔「犯罪行為により行為者に生じた結果があまりに重大であって、刑を科すことが明らかに失当であるときは、裁判所は、刑を免除する。行為者がその犯罪行為につき1年を超える自由刑に処せられるべきときは、この限りではない」〕という特殊な規定を別にすると、驚くほどわずかにしか明らかにされていない。最近登場した連邦通常裁判所の指導的な判例は、不明確さをさらに高めるものであった。なぜなら、この判決は、自己に降りかかる負担を予見していたか（それを意識していたか）という意味での行為者の主観面に解決を求め、それを決定的な基準としたからである<sup>81)</sup>。ただ、このような満足できない基準<sup>82)</sup>を、われわれのコンテクストでは、ともかくも大目に見ることができるであろう。いま問題になっている、訴訟遅延の軽減的考慮の妨げにはならないのだから。

さらに、長期間にわたって罪を犯さずに過ごしたということで、被告人が刑を必要としないことが実証され、かつ／または、そうする間に被告人がうまく社会に順応したといえることもあるだろうが、そのことは、刑法46条1項2文に従い、いずれにせよ、責任の幅の枠内で刑を軽くする〔特別〕予防的要素として考慮できる<sup>83)</sup>。

義務違反の訴訟遅延により、法治国家原則と結びついた基本法2条1項〔人格の自由な発展の権利〕および欧州人権規約（EMRK）6条1項〔迅速な裁判

---

80) BGHSt 24, 239 ff., 241 f.; BGHSt 35, 137 ff., 140 ff.; BGH, Strafverteidiger 1999, 206; Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl. 1995, S. 218 ff.; Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 219 ff., 273; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 349 f. を参照。

81) BGH, Juristische Rundschau 2006, 256 f. (= BGHR, § 46 Abs.1 StGB, Schuldausgleich 40) を参照。

82) 批判として、Streng, in: Juristische Rundschau 2006, 257 ff.

83) BGH, Strafverteidiger 1990, 17および18; BGH, Neue Zeitschrift für Strafrecht-RR 1998, 205; Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 218 f.; Gribbohm, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2003, § 46 Rn. 229 を参照。

を求める権利) にすら違反する事態が生じた場合について<sup>84)</sup>、判例は、刑の引き下げを認める特に強い義務が裁判所にあるとしている。この場合、責任・予防と(少なくとも部分的に)関係がない刑の引き下げ<sup>85)</sup>がなされうることになるが、その程度については判決理由中に示さなければならない<sup>86)</sup>。ただ全体的には、次のように言ってよい。訴訟遅延による刑の引き下げが、実際上責任の分量を下回る程度とみられうるものであり<sup>87)</sup>、極端な事例では、手続自体をストップさせる訴訟障害(Verfahrenshindernis)すら承認すべきだとしても<sup>88)</sup>、だからといって、ここで責任主義が相対化したと考える必要はないのである。

##### 5. 捜査機関の行動を理由とする刑の引き下げ

それまで——少なくとも今回に比肩しうる——犯罪を犯したことがなかったのに、捜査機関の協力者(アジャン・プロヴォカトゥールないしおとり捜査者)の強い働きかけを受けて犯行に出るようそそのかされたという行為者には、すでに誘惑されたことだけを理由に、比較的軽い行為責任しか認められない<sup>89)</sup>。しかし、この場合において本質的な問題は、捜査機関みずからがおとり捜査を

---

84) BVerfG-Kammer, Strafverteidiger 1993, 352 ff. を参照。さらに、BGH, Strafverteidiger 2004, 420 f.

85) それに批判的なのは、Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 209 ff.

86) BGHSt 45, 308 ff.; BGHR, § 46 Abs. 2, Verfahrensverzögerung 7 und 12; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 1198 f.; Detter, Häufige Fehler bei der Strafzumessung, in: Juristische Ausbildung 1997, 586 ff., 589; Gribbohm, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2003, § 46 Rn. 234 ff. を参照。

87) たとえば、BGHR, § 46 Abs. 2, Verfahrensverzögerung 12 のケースを参照。

88) BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift 1984, 967 f.; Hillenkamp, Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, 2841 ff., 2847 f.; Rogall, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1995, Vor § 133 Rn. 120; Kühne, Strafprozeßrecht, 5. Aufl. 1999, Rn. 278. を参照。

しかけて、行為者を具体的犯行に及ばせたというところにある。ここでの刑の軽減は、行為者の責任の軽さゆえというばかりではないように思われる。むしろ、特に重要なのは、刑事司法の補助機関による矛盾した行動に着目することである。おとり捜査のケースに関する判例は、そのことを理由に、本来の責任に相応する刑を下回することを明示的に承認しているが、全くもって正当である<sup>90)</sup>。学説においては、これをさらに進めて、人的処罰阻却事由を肯定すべきだとするものがある。憲法上の理由で、または国家の刑罰請求権が失効することを理由として、手続をストップさせる訴訟障害を認めるべきだとする意見もある<sup>91)</sup>。ここでは、これらの見解の対立について決着を付けることはできないが、少なくとも次のことは確認できる。すなわち、国の側の矛盾した活動に目をつぶれば行為責任に見合うものの、国家機関の活動との関係では不相当に感じられる処罰を行うことと比較すれば、処罰により責任を（完全に）果たさせることを放棄することは、一般市民の法感覚を動揺させることがより少ないであろうということである<sup>92)</sup>。このようにして、判例により行われる、責任の幅を下回る科刑は、——量刑理論の体系には整合的でないとしても——例外的に、競合する法治国家的な観点から、正当なものと認められるように思われるので

---

89) BGH, Strafverteidiger 1987, 435; Bruns, Über die Unterschreitung der Schuldrahmengrenze aus schuldunabhängigen Strafmilderungsgründen - „Auflockerung“ der Spielraumtheorie?, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1987, 177 ff., 181; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., 2006, § 46 Rn. 67. を参照。

90) 詳細については、BGHSt 32, 345 ff., 355を参照。さらに、BGH, Strafverteidiger 1988, 296; BGH, Strafverteidiger 1995, 131 を参照。判例を支持するのは、Hellmann, Strafprozeßrecht, 1998, II § 3 Rn. 90. 考え方の大枠において支持するのは、Beulke, Strafprozeßrecht, 8. Aufl. 2005, Rn. 288.

91) この問題全般について、たとえば、Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl. 1995, S. 186 ff.; Wolfslast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995, S. 260 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 10 Rn. 27 f.; Küpper, in: Juristische Rundschau 2000, 257 ff., 259; Sinner/Kreuzer, in: Strafverteidiger 2000, 114 ff., 117 を参照。

ある<sup>93)</sup>。

## V. 要約

最後に述べたところにもあらわれているように、刑法46条1項1文の「量刑の基礎としての責任」の公式は、従って、量刑法における幅の理論も、明確な刑の歯止めを提供するという点では不十分なものがあるという欠点を伴う。そこで、私が提案する「非対称的幅の理論」への修正は、この歯止めの作用を、憲法の比例原則を厳格に考慮することにより強化することを目ざすものである。もっとも、万能の救済策であるとの主張を掲げられるようなものではないことは当然であるが。

いずれにしても、「民主的刑法」としての「市民刑法」において求められる量刑理論は、市民が従う価値感覚、そして市民が内面化した規範を取り上げ、これを量刑に取り込むものでなければならない。そのような量刑による規範の確証をやめにしてしまうときには、他の、テクノクラートの見地から追求される刑罰目的が前面に出るおそれがある。そうすると、一面では、威嚇や保安の目的が場を支配して、不必要に重い水準の刑が科される傾向が生じるだろう。他面では、テクノクラートの考え方にに基づき、多くの問題領域で、——経済犯罪の場合の判決に関する合意や王冠証人規定のように——責任に相応した程度を下回るような刑が科されることに帰着する。そのことも〔重すぎる科刑と〕同様に、一般国民の法感情を逆なでするものといわざるをえないのであって、一般予防的に疑問であろう。

---

92) Schäfer, Spezialpräventive Erwägungen bei der richterlichen Entscheidungsfindung, in: Individualprävention und Strafzumessung. Ein Gespräch zwischen Strafjustiz und Kriminologie, hrsg. von Jehle, 1992, S. 183 ff., 205. をも参照。

93) Streng, Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“, in: Festschrift für Müller-Dietz, 2001, S. 875, 901 ff. を参照。さらに、Horn, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl. 2001, § 46 Rn. 147.

付録

一般刑法上の制裁 (2004年)

— 旧西独 (バルリン全域を含む) について —

表 1 a : 罰金刑における日数の分布 (2004 年)

日数	総数	全体に占める割合 (%)
5 - 15	70,361	13.0
16 - 30	195,465	36.2
31 - 90	243,420	45.1
91 - 180	28,204	5.2
181 - 360	2,403	0.44
> 360	356	0.07
	540,209	10000

表 1 b : 罰金刑における日額の分布 (2004 年)

日額 (ユーロ)	総数	全体に占める割合 (%)
1 - 5	35,961	6.7
5 - 10	142,318	26.4
10 - 25	222,728	41.3
25 - 50	128,826	23.9
> 50	10,020	1.9
	539,853	100.0

表 1 c : 改善保安処分 (2004 年)

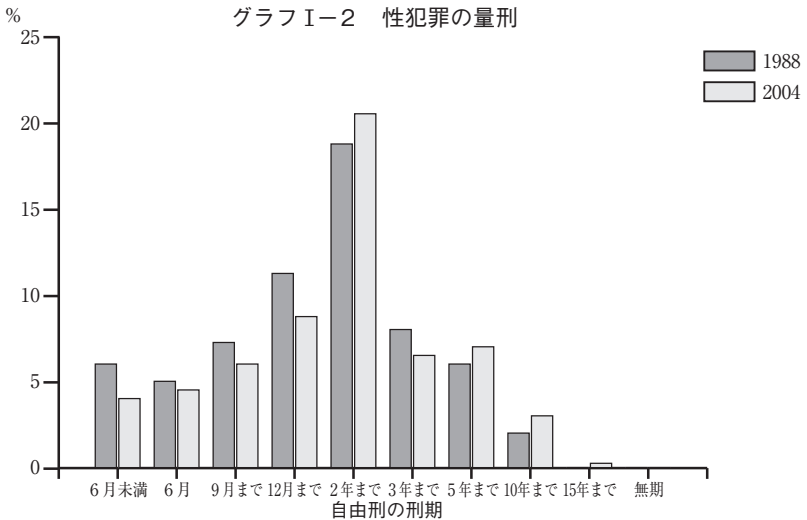
制裁の種類	総数
運転免許剥奪	124,843
精神病院収容	968
禁絶施設収容	1,609
保安監置	76
その他の処分	165

表 1 d: 付加刑／刑の付随効果（公務就任権等の剥奪等）／犯罪利益の収奪／没収／刑の留保を伴う警告（2004 年）

制裁の種類	総数
運転禁止	33,281
諸権利（公務就任権等）の剥奪	0
犯罪利益収奪と没収	20,548
刑の留保を伴う警告	6,642

表 4：重窃盗（刑法 243 条）の量刑（2004 年）

刑種/刑期	総数	全体に占める割合 (%)	備考
罰金刑	2,351	20.9	
自由刑	8,869	79.1	執行猶予率= 59.4 %
内訳			
1 - 6 月	1,524	13.6	
6	1,353	12.0	
6 - 9	1,761	15.7	
9 - 12	1,832	16.3	
1 - 2 年	1,928	17.1	
2 - 3	366	3.3	
3 - 5	116	1.0	
5 - 10	16	0.14	
	<b>11,247</b>	<b>100</b>	





〔訳者あとがき〕

本稿は、慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）の招きにより来日したフランツ・シュトレング教授（Franz Streng, 1947-）が、2006年12月7日に同大学において行った講演の原稿（原題: Strafzumessung in Deutschland – Grundlagen und Herausforderungen）を訳出したものである。本稿中、（ ）内の記述は原文にあるものだが（もっとも、原文では括弧内に入れられていないものの、訳者の判断で括弧内に入れた部分もある）、〔 〕内の記述は原文にはなく、訳者の判断で補充したものである。

講演者の略歴は以下のとおりである。シュトレング教授は、ヴェルツブルク大学、ベルリン自由大学およびハイデルベルク大学で法律学を学び、1974年、同大学のハインツ・レフェレンツ教授の下、博士学位を得、1975年に、バーデン＝ヴェルテンベルク州で法曹資格を取得した。1983年には、『量刑と均衡的正義（Strafzumessung und relative Gerechtigkeit）』により、刑事学および少年法の分野での教授資格を得た（1984年に単行本として出版。なお、教授資格は、1986年に刑法にも拡大されている）。その後、ハイデルベルク大学、コンスタツツ大学の教授を経て、1991年以降、エアランゲン＝ニュールンベルク大学教授（刑法・刑事学）の地位にある。1998年から1999年の間、同大学の法学部長を務めた。刑事法全般について著作があるが、特に、刑事制裁論、量刑論、責任論、少年法を重点的に研究しており、『刑事制裁論—量刑とその基礎理論（Strafrechtliche Sanktionen—Die Strafzumessung und ihre Grundlagen）』（初版・1991年、第2版・2002年）、『少年刑法（Jugendstrafrecht）』（2003年）と題する概説書が有名である。今回の講演のテーマである量刑論については、上記単行書をはじめとして数多くの論文を著しているほか、最近では、ドイツにおける代表的な大型注釈書の1つである『ノモスコンメンタール（Nomoskommentar）刑法』（第2版・2005年）の共同執筆者として、ドイツ刑法の量刑規定（46-47条）の注釈を担当している。