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

Title	量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(3・完) : 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 (3)
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	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.10 (2008. 3) ,p.21- 88
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-20080315-0021

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（3･完）

――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（以上第６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（以上第９号）
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（以上本号）

慶應法学第10号（2008：3）

引用文献の略記

本稿における、量刑論および刑罰論に関する基本的文献の略記による引用については、本誌第６号２頁以下および第９号２頁を参照。さらに本号では、下記の略記を追加する。

城下2007（＝城下裕二『量刑理論の現代的課題』〔2007〕）、**シュトレング2007**（＝フランツ・シュトレング〔井田良＝小池信太郎訳〕「ドイツにおける量刑―その概要と現代的課題―」慶應法学８号〔2007〕123頁以下）、**難波2007**（＝難波宏「前科、前歴等と量刑」判例タイムズ1238号〔2007〕28頁以下）、**畑山2007**（＝畑山靖「被告人が自己の犯罪により自ら多大の不利益を被ったことと量刑」判例タイムズ1252号〔2007〕５頁以下）、**原田2007**（＝原田國男「量刑をめぐる諸問題―裁判員裁判の実施を迎えて―」判例タイムズ1242号〔2007〕72頁以下）、**前田2007**（＝前田雅英「戦後実務の量刑の変化と量刑論」法曹時報59巻10号〔2007〕１頁以下）、**前田ほか・司法研究**（＝前田雅英＝合田悦三＝井上豊＝野原俊郎『平成15年度司法研究　量刑に関する国民と裁判官の意識についての研究―殺人罪の事案を素材として―』〔2007〕）、**水島2006**（＝水島和男「犯罪の社会的影響と量刑」判例タイムズ1206号〔2006〕28頁以下）、**米山2007**（＝米山正明「被告人の属性と量刑」判例タイムズ1225号〔2007〕４頁以下）

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

１　幅の理論は責任主義の潜脱か

ドイツおよびわが国の通説・実務は、第２章で紹介したように、責任の大きさを基礎としつつ、それに予防的考慮を加味して最終的な刑量を決する量刑基準論を採用している。その中でも、責任刑は「点」で定まるものではなくそれには一定の「幅」があることを前提に、その範囲内で予防目的を考慮できるとする「幅の理論」が支配的である[1)]。そこでは、犯行（責任）の重大性それ自

体からは切り離された、当該事件でどの程度の刑を科すことが予防目的の達成にとって効果的であるかという観点が、最終的な刑量に影響することが認められている。わが国の実務は、責任判断と予防判断を明確に区分していないといわれることもあるが[2)]、その一体的判断を分析したときに、「犯行の重大性（責任）の枠内における予防」という実質が保たれている限りで、量刑理論モデルとしての幅の理論に反するものではない[3)]。

幅の理論に対して、とりわけわが国では、「実質的に責任の程度を越える量刑を可能にするものであり、責任主義の刑罰限定機能を脅かす」といった批判が根強くなされている[4)]。たしかに、（個別行為）責任主義の要請を、犯行

1）前掲第２章第２節１参照。なお、責任刑の把握に関しては点の理論ないしそれに準じる立場をとりながら、予防目的による上下の修正を正面から認める「責任中核説」も、実質は同じである（前掲第２章第２節２参照）。

2）座談会2004・74頁〔原田國男発言〕、井田2005・220頁、米山2007・８頁、前田2007・17頁など参照。

3）その点については、シュトレング2007・134頁の次の論述が参考になる。幅の理論は「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。つまり、重要なのは……裁判官が結論において、〔軽すぎないという意味で〕すでに、あるいは、〔重すぎないという意味で〕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。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、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」。

ちなみに、前田2007･16頁は「学説の幅の理論は……責任刑は、幅があるものの、その上限と下限は明示しうると考えている」とするが、上記記述（同145頁、前掲第２章第２節２注117〔本誌６号33頁〕も参照）からわかるように、少なくともオリジナルの幅の理論の理解としては正確でない。

4）平野龍一「概括的批判―草案と責任主義」平場安治＝平野編『刑法改正の研究１　概論・総則』（1972）23頁、沢登俊雄「刑の適用」同255頁、西原・総論下506頁、浅田1999・33頁、岡上1993(1)・94頁、本庄2002(1)・195頁など。

の重大性（行為責任）からして「最もふさわしい」刑の重さを上回ることを戒める考え方と捉えるならば、そのような批判が妥当しよう。通説的な幅の理論は、幅の内部における予防的考慮にそれなりの意味を持たせなければならない都合上、責任刑の幅について、「この犯罪行為は、懲役７年程度の刑に相当する」と言うときの「程度」という表現にすでに含まれている――点の理論でさえも肯定せざるをえないような――不確定性のイメージ[5)]にとどまらないそれなりの「広がり」を確保してやらなければならない[6)]。そこで、従来から、「１年から１年４月」「２年から３年」「３年から５年」「８年から10年」「10年から12年」[7)]といった幅が想定されてきた。さらに最近の司法研究[8)]において行われた現役刑事裁判官（768名）に対するアンケート調査では、ある架空の殺人事例について、従来イメージされていた幅に近い①「７年６月以上10年未満」を選んだ者が約50％いたが、その上下の②「５年以上７年６月未満」と③「10年以上12年６月未満」を選んだ者も合計約40％いたという結果が得られた。もし責任刑の幅について従来と同様のイメージを前提とすると、４割もの裁判官が責任刑を外れていることになるが、これは非現実的であるとするならば、たとえば「最頻出部分の懲役２年６月の幅〔＝①〕が従来の量刑相場[9)]の幅だとすれば……新しい量刑の大枠は、例えば、懲役５年程度の幅があるといえよう。……最頻出部分とそれに次ぐ各選択幅〔＝②③〕の半数を加えて、５年と

5）「行為責任に相応する刑の表現形式としての『幅』の存在」を「行為に対する価値判断を刑量という異質な要素に変換する際に必然的に生ずる結果」として肯定せざるをえないとする城下1995・118頁は、このニュアンスに近い。

6）責任刑が「７年程度」なので、「７年ちょうど」の懲役刑と「７年１月」の懲役刑のどちらに予防効果があるかなどと議論しても生産的でないだろう（Vgl. v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.78）。

7）Roxin 1978, S.195, 201、松本1982・159頁、原田2004・53頁、井田2005・220頁など。なお、大谷實『人格責任論の研究』（1972）314頁も参照。

8）前田ほか・司法研究46頁以下。

9）従来は、犯情に応じて決まるとされる量刑相場の幅が、おおむね責任刑の幅に沿うものとして考えられてきた（原田2004・４頁、岡田2002・486頁参照）。

……するのである。……そして、この従来の量刑相場よりも広い量刑の大枠は、責任枠に沿うものと理解される〔括弧内は筆者〕」[10]というように、従来よりも広い幅を想定する必要がある[11]。そして責任刑の幅についてこのようなかなり広めのイメージを持つ場合、それはすでに、当該犯行に「最もふさわしい」刑を探求しようとしても払拭しきれない「不確定性」とは異質である。そこで問題になっているのは、犯行の重大性（行為責任）との均衡性のレベルを、それが許容量以下にならない程度になら緩めてよいという「許容範囲」の設定にほかならない。そうだとすれば、通説的な幅の理論は、予防目的の直接的追求のために、行為責任からして「最もふさわしい」刑を逸脱する、言い換えれば、犯行の重大性との均衡性レベルをある程度擬制にすることを容認する考え方なのだということを、はっきりと認めなければならない[12]。

もっとも、そのことをもって、幅の理論が責任主義を潜脱するものであると

10）原田2007・77頁。これに対して、前田2007・16頁は、「幅のある責任刑を基礎にさらに予防的考慮を経た後の量刑は、より広い幅の中から選択され〔る〕」「責任刑の幅に、さらに予防的考慮が加われば、その上限・下限は拡がる」〔括弧内は筆者〕と述べて、幅の理論の修正を試みる。しかしそれが、刑罰が当該犯行（行為責任）に対する処罰としての「性格づけ」を失うほどの修正を認める趣旨であれば不当であるし、そうでないならば、従来の責任刑の幅の外にあるとされる幅（新しい上限・下限）こそが真の責任刑の幅だと説明した方が適切であろう。その意味では、本文に引用した説明により「責任枠の中での予防の考慮という基本線は維持」する（原田2007・77頁）方がベターである。もっとも、同76頁が、広めの幅をとる理由を、裁判員裁判の趣旨を尊重してのものであるかのように説明しているのは、裁判員制度の導入は刑罰論・量刑理論の明示的変更を予定したものではない以上、相当でない。本稿の理解によれば、責任刑の限界は、犯罪行為（個別行為責任）に対する処罰としての「性格づけ」が失われる（許容できないほどに希薄化される）のはどの地点かという観点から設定されるべきものであるところ、「責任だけを考えたときに科されるであろう刑」（幅の中心）からかなり離れても、そのような事態には至らず、従って、責任刑の幅とは、もともと従来考えられていたよりも広いものであったと考えるべきではないだろうか。

11）さらに極端に広い幅のイメージとして、シュトレング2007・143-145頁。

12）本庄2002(1)・194頁参照。

の評価を下すのは早計である。（個別行為）責任主義とは、処罰の対象・根拠は個別の犯罪行為であるとの考え方であるが、それを量刑論に適用したとき、具体的な刑罰が、①その対象・根拠であるところの犯罪行為（個別行為責任）に対する処罰としての「性格づけ」を失ってしまうことの禁止までは自然に導かれるものの、②「最もふさわしい」刑からの逸脱がおよそ許されないとする理由は見当たらない。「最もふさわしい」刑を少しでも上回ったら、刑がただちに当該犯行と無関係のものになってしまうわけではない。とすれば、刑罰が当該犯行に対する処罰としての性格づけを保ちうる「許容範囲」を想定し、その範囲内で別の考慮によって刑を決めたとしても、（個別行為）責任主義に反するものではないというべきである。幅の理論に対する批判は、この理論が犯行の重大性に「最もふさわしい」、すなわち責任の重さ「だけ」を考慮した場合に科されるはずの刑を上回ることを肯定する理論にすぎないのに、上述の意味での「許容範囲」の上回りをも容認するものであるかのように見せかけているきらいがあり、もしそうだとすれば相当でないのである。

２　幅の承認は予防的考慮の許容に直結するか

以上のように犯行の重大性（責任）に「最もふさわしい」刑量と、それを上回ったら（または下回ったら）刑が個別の犯行に対する処罰としての「性格付け」を失ってしまうような刑量の限界を区別して考えることができるとしても、ただちに責任刑の幅の枠内での予防的考慮が正当化されるものではないということに、注意が必要である。

従来の議論では、幅の理論が量刑における責任主義に「反するか、反しないか」が主な関心事とされ、「反しない」ということになれば、あとは当然のように幅の内部での予防的考慮が容認される傾向があった。「予防目的によって刑を決めることができないならば、具体的な刑量は、責任の幅の範囲内で全く恣意的に確定されることになろう。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」[13]というロクシンの論述や、幅の理論は「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」[14]というシュトレングの論述にそれがあらわれている[15]。

しかし、このような傾向のなかに、「責任主義に反しさえしなければ、（少なくとも特別）予防的考慮については裁判官の裁量に任せてよく、そこに検討すべき理論的問題はない」という感覚があるとしたら、それは反省されなければならない。「責任主義に反しない」ことは、予防的考慮による刑量修正の消極的条件にすぎず、積極的根拠ではないからである。ノイマンが指摘しているように、「幅の理論は、量刑上の予防的考慮の許容性の……十分条件ではない。正確な責任相当刑が確定されないことは、裁判官が量刑に際して、責任とは別の観点を拠り所にしてよいとか、ましてやそうしなければならないということまで意味するわけではない。幅の理論は、量刑における予防的観点を無遠慮に人前に出られるようにするものではない」のである[16]。そうだとすれば、犯行の重大性（責任の重さ）から許容しうる刑の幅の中で、いかなる予防目的をどのように考慮すべきかは、それ自体、独立の問題として検討されなければならない。それは、最終的には現行刑法の解釈問題であり、刑法が、犯罪行為をその重大性に応じて処罰することによって中心的な刑罰目的を追求するとともに、個々の科刑による直接的予防を副次的な刑罰目的として認め、そのための刑の修正を裁判所に要請しているのかという問題にほかならない。明文上は、それを直接に指示する規定も、禁止する規定もない以上、予防的考慮の各バー

13）Roxin 1978, S.191. 前掲第２章第４節１(3)参照。

14）NK-Streng 2005, § 46, Rn.98.

15）シャフスタインも、幅の理論を支持する理由の１つとして、責任刑を８月とすると、５月から10月という幅を持たせるよりも責任刑の逸脱の可能性が高まってしまうことを挙げていた（Friedlich Schaffstein, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, FS-Gallas, 1973, S.102）。

16）Ulfrid Neumann, Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts（“Punktstrafe”, “Spielraumthorie”, “Normalfall”）, FS-Spendel, 1992, S.444.

ジョンの実質的合理性の検討が、結論を左右することになるのである。

このようにみてくると、「幅の理論」の有用性と限界については、次のようにまとめることができるだろう。すなわち、この理論は、一方で、「責任の重さ……を根拠に〔科すことが〕たしかに可能とはなるが、どうしても〔科さなければならない〕というわけではない」[17]、いわばグレーゾーンの存在を認識させることで、（個別行為）責任主義を前提としつつも、直接的な予防的考慮を正当化できる余地を与えるものである。しかし他方、予防的考慮を（論者によっては、それに限らず様々なアドホックな考慮をも[18]）無条件に招き入れられるほどのポテンシャルを持つものでもない。この理論を前提としてもなお、個々の考慮の実質的合理性の検討をスキップすることはできないのであり、そこにこの理論の限界があるのである。従来の幅の理論も、以上のことを当然の前提としてきたと言うべきなのであろうが、ときにその理論的な有用性を過大評価することで、幅の内部における実質的考慮のあり方についての厳密な検討を怠っていたきらいがあったように思われる。とりわけ前述したように、責任刑の幅について、従来想定されていたものよりかなり広いイメージを抱くとすると、幅の「上限」による量刑規制には、あまり多くのものを期待できないことになる。そこで、「幅の上限さえ守っていれば、あとは自由裁量だ」というのではなく、幅の内部でどのような判断をなすのかということが重要な課題となってくることを、ここで指摘できよう。

そこで以下では、幅の理論を前提に[19]、様々な予防的考慮のバリエーショ

17）NK-Streng 2005, § 46, Rn.34.

18）松本1982・160頁、同2001・13頁は、必ずしも予防目的と結びつけることなく、被害者らの復讐感情、事件に対する社会のセンセーショナルな騒ぎ方、被告人の法廷内での礼儀、ときには裁判官の個人的な倫理観なども影響しないとはいえないとする（座談会2004・77-79頁〔小林充発言〕も参照）。学説では、前田2007・14-15頁参照。

19）筆者自身は、「最もふさわしい刑」からの逸脱をはっきり意識するという意味で、点の責任刑を前提に、そこから離れすぎない限りでの加重・軽減を認める見解（「責

ンに即して、それぞれによる刑量の加重・軽減の実質的合理性を検討することとする。

第２節　量刑における特別予防的考慮

１　軽減的考慮

(1) 非社会化の回避――個別的考慮か一般的考慮か

量刑における予防的考慮の中で、その実質的合理性について現在争われることが少ないのが、行為者の社会復帰を妨げる「非社会化」の回避という意味での特別予防的考慮に基づく刑の軽減である。有罪判決と刑罰は、その種類と重さによって、行為者から、それまでの職業を奪い、一般社会（とりわけ家族などの人間関係）から引き離すことでその社会性を徐々に喪失させ、さらには他の受刑者による犯罪性の伝染の危険にさらすことがある。そのことは、後々まで「刑務所帰り」「前科者」というレッテルがつきまとい、有形無形の社会的差別がなされうることとも相まって、円滑な社会復帰を著しく困難にすることも少なくない。それにより、行為者の再犯リスクがむしろ高められることになれば、社会にとって有害な帰結である[20)]。このような、現在では周知のものとなっている刑罰（とくに自由刑の実刑）の特別予防的にマイナスの効果にかんがみれば、その刑期はなるべく短いものとしなければならない。このような

任中核説」。第２章第２節２）も十分に魅力的な理論モデルであると考えている。しかし、「点の理論」への支持を打ち出すことは、私見によれば事の本質とかかわらない――たとえば、特定の犯行に対して、あらゆる時代、場所において同一の責任刑が観念できるのかといった――批判を招きやすく、現在の実務・学説に受け入れられにくい。考え方の実質が歪められない限りでは、できる限り実務・学説の思考方法とマッチした理論を立てることが望ましいことから、本稿では、その内容が本文で述べたようなものであることを確認したうえで、「幅の理論」を前提に考察を進めることとした。

20）要約的に、Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2.Aufl., 2002, Rn.225など参照。さらに、全体的な刑期を長くすることは、過剰収容を招き、刑務所の環境をさらに劣悪なものとすることで、自由刑のマイナス効果をさらに強めるという側面もある。

考慮から、現在の通説は、「特別予防の刑罰目的は、多くの事例で、刑を責任……の幅の下限あたりに落ち着け、その行為者に……有害な帰結を最小限にするように求める」[21]ということを認めているのである[22]。いわゆる位置価説[23]を採用して、量刑における独立した予防的考慮を否定するホルンですら、「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」[24]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」[25]を主張している。必罰主義的な絶対的応報刑論の支持者でもない限り、行為者の非社会化という刑のマイナス効果をまったく意に介さないような主張を展開することは困難であろう[26]。

もっとも、このような非社会化の回避のための刑の軽減のあり方をめぐって、理論的に検討すべき問題がないわけではない。ドイツの最近の学説は、自

21）B-D Meier 2005, S.772.

22）Vgl. Bruns 1985, S.95; S/ S-Stree 2006, §46, Rn.5; Roxin 1977, S.477ff.; ders. 1978, S.200ff.; Lackner/ Kühl 2004, §46, Rn.27; Müller-Dietz 1992, S.414ff.; Schäfer 2001, Rn.450, 475; LK-Gribbohm 1994, §46, Rn.22.; Jescheck/ Weigend AT, S.878f.; Weigend 2004, S.191ff.; NK-Streng 2005, §46, Rn.34, 37; B-D Meier 2006, S.187ff.; 205f.. 判例として、BGH 24, 40［42f.］; BGH NStZ 2003, 495. usw. わが国では、阿部2001・５頁、井田1996・299、306頁、同2001・37、41頁、同『基礎から学ぶ刑事法　第３版』（2005）69、259頁、岡上1993(2)・62-67頁、本庄・2002(1)・222-223頁、遠藤2005(3)・30頁（実刑と執行猶予の選択という文脈ではあるが、「現行刑法における被告人の再社会化という観点は……積極的に……再社会化、更生を図るというより……社会から隔離することからくる弊害や……服役経験者というレッテル張りを避けるという意味合いが強いものと理解すべき」とする）など。前掲第２章第２節１(2)エ、３、第４節１(3)も参照。

23）それについては、前掲第２章第４節１参照。

24）SK-Horn 2001, §46, Rn.35.

25）SK-Horn 2001, §46, Rn.39.

26）正面から特別予防的考慮をしない論者も、それぞれの論理によって、実質的に類似の考慮を正当化している。前掲第２章第４節２(3)イおよび後掲(3)を参照。

由刑の非社会化作用の軽減的考慮を、個別的に行うか、それとも一般的に（一律に）行うかということを問題にしている[27)]。

すなわち、通常の理解では、非社会化の回避のための刑の軽減は、個別的に、すなわち被告人の具体的事情に照らして考慮されるということが、いわば当然のことと考えられてきた。刑の軽減の対象者としては、「それまで社会的に十分に適合してきた行為者」[28)]、「社会の一員としてうまく機能しており、むしろ職業生活・家庭生活、そして外界とのつながりを維持することが重要であるような行為者」[29)]、「良好な予後が予測される行為者」[30)]、「犯行後に生活状況を改善することに成功した場合」[31)]などが想定されてきた[32)]のである。

これに対して、ヘルンレは異なった解釈を提唱している。彼女によれば、「執行される自由刑は、個々の行為者の個別的な特殊性によってではなく、すべての受刑者にとってネガティブな帰結をもたらすという仮定」[33)]に基づいて、一般的に（あらゆる被告人について一律に）軽減されるべきだというのである[34)]。

27）前掲第2章第4節4(3)ウのヘルンレの議論を参照。

28）BGH 24, 40［42f.］. Vgl. auch Bruns 1985, S.95.; S/ S-Stree 2006, § 46, Rn.5.

29）Lackner, zitiert bei Roxin 1977, S.479. Vgl. auch Roxin 1978, S.202.

30）Schäfer 2001, Rn.451.

31）Schäfer 2001, Rn.475.

32）Vgl. auch LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.22.; Dieter Dölling, Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts, FS-Lampe, 2003, S.607. わが国の量刑理論も、このような個別的考慮を念頭に置いてきたといってよい（井田1996・301頁、岡上1993(2)・66頁、同2006・38頁など参照）。

33）Hörnle 1999, S.337.

34）Hörnle 1999, S.337, 346f. そうすると厳密には、行為者の非社会化リスクは、全体的な量刑レベルの設定（絶対的均衡）で考慮される一要素ということになり（S.347）、個別事件相互の量刑の軽重（相対的均衡）には影響しない事情ということになる。つまり、特別予防的考慮は、いわゆる刑の個別化とは切り離されることになるのである。

なお、ヘルンレは、ホルン、シュトレング、イェシェック＝ヴァイゲントなども一律考慮説として引用しているが（Hörnle 1999, S.337, Fn.63）、疑問なしとしない。

この見解は、通説的な刑の個別化は、立派な職業や家庭を持った人に対する裁判官の信頼ないし共感による優遇にすぎないのではないかが疑われ[35]、それは「反面、必然的にそれ以外の者の不利益取扱いを意味する」[36]から、慎重に検討しなければならないという問題意識を背景に主張されている。しかし、やはり苦しい主張であろう。社会的に恵まれない者に対する差別的な取扱いを避けるために、刑罰の特別予防的にマイナスの効果を、すべての者について同程度と考えるのは、あまりにも大胆な擬制である[37]。それまで非の打ち所のない社会生活を送ってきた行為者が、「魔がさして」初めての犯行に及んでしまったものの、深く反省しており、親や配偶者による行き届いた監督も期待できるなど、再犯のおそれがきわめて小さいと認められる場合と、そのような事情が認識されない場合とで、受刑に伴って生じる特別予防的にマイナスの作用を同程度とみることには、不十分な経験科学的知見[38]を前提とする場合でも、かなりの人が躊躇するであろう[39]。これに対して、ヘルンレは、優遇を受けるような、もともと社会的に控え目な者の（受刑後の）再犯リスクを（それ以外の者と比べて）警戒するのは合理的ではないということも述べている[40]。しかしここで問題となっているのは、再犯リスクの（固定的な時点における）程度それ自体ではなく、それが受刑によって「高められる程度」であることに注意しなければならない。社会的に十分に適合してきた者は、受刑によってせっ

35）Hörnle 1999, S.337. なお、吉岡1996・232頁（「常識的な観点から社会的に恵まれない者を不利に扱うことになりがち」）、同1997自由刑論・23頁（「対象者の示す恭順な態度に対する……恣意的な温情や便宜に支えられていないか」）も参照。

36）Hörnle 1999, S.337f.

37）Hörnle 1999, S.347は、一定の高級な職業に就いている人を優遇するのは、それ以外の人も受刑によって事実上職を失うことと比較して不公平であるとする。その限りでは正当であるが、そこから直ちに、刑のマイナス効果をあらゆる事例で一律に評価することが帰結されるわけではないだろう。

38）その問題については、後掲本章第２節２(2)(3)を参照。

39）原田2004・209頁参照。

40）Hörnle 1999, S.338.

かくの社会性が奪われ、それまで得られていた社会的信用も失われるなど、刑の有害な影響をまともに受け、再犯リスクが飛躍的に高められるおそれがあるのに対し、もともと再犯に至る可能性が否定できないような者については、そのようなマイナス効果が可視的でないということが本質的なのである。ここでは、やはり従来からの一般的理解にしたがって、特別予防的考慮による刑の軽減は、量刑の個別化に資する基準として理解するのが適切である。

(2) 刑の個別化の理論的位置づけ

ア　いわゆる刑罰感痛性について

以上では、行為者の非社会化の回避（ないし低減）のための量刑の個別化（軽減）について、刑の執行により生じる特別「予防」上のマイナス効果、すなわち行為者の再犯リスクの拡大を阻止するものと位置づけてきた。しかし、ドイツの学説では、直接的な予防的考慮をしないことを前提としても、それと事実上重なり合うファクターに着目して量刑を個別化できるという考え方も有力である。ドイツの量刑論で一般化しているのは、責任（犯行の重大性）を具体的な刑量に変換するにあたって、行為者ごとに異なる刑罰感痛性、すなわち刑罰の苦痛に対する「感じやすさ」を考慮しなければならないという論理である。第２章でみたところでは、位置価説の提唱者であるヘンケル[41]や現代的な応報刑論の代表的主張者であるケーラー[42]らが、刑量の決定における予防的考慮を強く否定しながら、行為者の人格的特性に応じた量刑の個別化を、刑罰感痛性の考慮に基づいて認めてきた。ドイツの通説・判例も、量刑における責任

41）Henkel, Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe, FS-Lange, 1970, S.184

42）Köhler AT, S.599, 603. 岡上2006・37頁も参照。さらに、ドイツにおける犯行均衡説への端緒を開いたシューネマンも、46条１項２文は刑罰感痛性の考慮を指示したものと解している（Schünemann 1987, S.226. もっとも、S.217では、再犯リスク拡大の阻止という予防的考慮による軽減も認めている）。

相当性の原則を、犯行の重大性（責任）が同程度である場合には、主観的に同程度の「刑の苦痛」を与えるものと理解して、「責任相当刑は、行為者の刑罰感痛性の程度に応じて、まったく異なる」[43]ということを肯定している[44]。そして、その判断のために、「事実審の公判手続の最終時点における、行為者人格、社会的環境および個人的・経済的状況に関するすべての使用可能な情報の慎重な評価」[45]が要請されるとしているのである。これによれば、仮に量刑における「予防」の考慮が禁止されたとしても、たとえば、「これまで社会的に適合した生活を送ってきており、受刑に慣れていない初犯者の場合、刑務所での生活は精神的にとくに負担になる」といった説明を行うことで、行為者の具体的事情に応じた量刑の個別化（それは、ドイツでは46条２項が明文で要求していることである）を図ることが可能になるようにも思われる[46]。

しかし、上記論理は、それを文字通りに受け取るならば、明らかに不当な帰結を招く。刑罰を受ける者の主観的な苦痛感を具体的に測定しようとすれば[47]、行為者の日常の生活レベルや厳しい生活体験の有無などが、重要な量刑事情として考慮されかねない。極端に刑罰感痛的な「繊細な心の持ち主」[48]、たとえば、わがまま放題に育てられたので刑務所のようなストレスの多い環境

43）BGH 7, 28［31］.

44）M/ G/ Zipf AT Ⅱ, § 63, Rn.118; S/ S-Stree 2006, § 46, Rn.54; Schäfer 2001, Rn.412ff.; B-D Meier 2006, S.204f. Bruns 1985, S.197は、「同等の責任の場合には、贖罪のための正しい刑は、――同じ高さ〔＝刑期等〕ではなく――同じ重さに、量定され」なければならないとする。

45）B-D Meier 2006, S.204. Vgl. auch Bruns 1985, S.197.

46）Vgl. M/ G/ Zipf AT Ⅱ, § 63, Rn.118; Schäfer 2001, Rn. 416.; B-D. Meier 2006, S.204. わが国では、川崎1991・190頁。

47）シュトレングは、そのようなこと自体およそ現実離れしているとする（Vgl. Streng, Probleme der Strafrechtsgeltung und -anwendung in einem Europa ohne Grenzen, Zieschang u.a.（Hrsg.）, Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003, S.158f.）。

48）Vgl. NK-Streng 2005, § 46, Rn.28.

で暮らすことを「死ぬほど辛い」と心から感じる[49]者は、一般の人よりもかなり軽い刑でよいということになり、反対に、軍隊のような組織に所属していたなどの経験があるがゆえに厳格な規律に服することをさほど苦にしない者は、相対的に重い刑を科されることになりうるのである[50]。いわゆる刑務所志願者については、刑罰感痛性が限りなくゼロに近づく（またはマイナスになる）から、極端な加重が帰結される（または相当な刑を算出できない）というナンセンスな帰結も、理論的には排斥できないだろう[51]。ドイツの通説は、刑罰感痛性の考慮がこのような「階級司法（Klassenjustiz）」といわれる事態につながりうることに配慮して、その制限の必要性を強調する。たとえば、「我々が……見失ってはならない普遍化された正義からして、必然的に、水準化された取扱いが必要であり、つまり刑罰感痛性は通常考慮しない」のであり、「行為者の刑罰感痛性が『通常』の範囲から著しく外れることが示される場合にはじめて……その『異常な』刑罰感痛性を……考慮する」[52]、「逸脱が要請されるのは、平等原則に反することになる差別的取扱いを正当化するような実質的根拠がある場合」に限られる[53]、刑罰感痛性による軽減は、「明白性のある例外

49）病気などの身体的現象は「証明可能」であるが、純粋に精神的な事象としての繊細さはそうではないとの区別を示唆するHenkel, a.a.O. Anm.（41），S.187はいかにも苦しい。再批判として、Erhard 1992, S.308.

50）Vgl. Jescheck/ Weigend AT, S.890f.; Hörnle 1999, S.169. 吉岡一男「財産刑の量刑」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（2005）125頁も参照。なお、刑罰感痛性は、刑罰軽減事由として論じられることが多いが、「刑の重さを主観的な苦痛感覚で測る」ことを一般原則とする場合、それが加重方向で働かない理由はない（その場合の制限的な解釈として、Henkel, a.a.O. Anm.（41），S.190; M/ G/ Zipf AT Ⅱ, §63, Rn.119, 121. はっきりと軽減的考慮に限定するのは、Erhard 1992, S.310）。

51）ブルンスは、ケチが浪費家よりも軽い刑を受け、極端に繊細な人が優遇されるなどの批判につき、「極端な例に即した、観念的な誇張」（Bruns 1985, S.197）であると反論している。それに対する再批判として、NK-Streng 2005, §46, Rn.29.

52）Henkel, a.a.O. Anm.（41），S.189.

53）Bruns 1985, S.197.

的事例」[54]にしか検討されない、などと述べられるのである[55]。こうして、「慣れ親しんだ快適さの喪失は、考慮されない」[56]ことになる。しかし、このような便宜的修正は、同程度の責任に対しては同程度の「主観的な苦痛」で応えるのが平等原則に適うという出発点と整合しているのか疑問である[57]。そこでは、刑の重さはむしろ客観的基準によって測られることが原則とされ、主観的な感痛性は、明白性・重大性のある場合に限って考慮されうる例外的基準にすぎないのである。そうだとすれば、初めての受刑だからといって、ただちに高

54）B-D Meier 2006, S.205.

55）具体的には、次のような場合について軽減が認められうるとされている（なおわが国の実務上も、類似の考慮がなされないわけではないようである〔米山2007・16、26、28、30頁参照〕）。被告人が①拘禁精神病である（BGH StV 1984, 151）、②90パーセントの就業能力低下をもたらす視力障害を負っている（BGH StV 1987, 530）、③脳下垂体腫瘍により２度手術を受け、左目を失明している（BGH StV 1989, 152）、④癌を患っており繰り返し手術を受けている（BGH StV 1991, 207）といった事情により、高度の刑罰感痛性が認められる場合。⑤重病（エイズ）により余命が短い場合（BGH StV 1987, 345［346］. 未発病の事例について、StV 1991, 105）。⑥被告人が67歳という「相当に高い年齢」であり受刑が辛い場合（BGH StV 1990, 303. 46歳という「比較的高い年齢」であり、９年の自由刑により50歳代の大半を刑務所内で過ごさなければならなくなるという事例について、BGH StV 1991, 206）。⑦外国人の被告人が、ドイツ語でのコミュニケーション、遠く離れた家族との面会の容易さなどに問題を抱えている場合（BGH 43, 233［234］. ただし、自国での執行可能性があるときは別論とされている）。これに対して、⑧女性の被告人が妊娠しており出産を控えているだけの事情では、刑の軽減を正当化する「著しく高い刑罰感痛性」は認められないと評価されている（BGH 44, 125［126f.］. 執行において特別の配慮を受けうることが行刑法上保障されていることにも言及されている）。

56）Schäfer 2001, Rn.416.

57）宮澤浩一「日数罰金制の意義と現実」同『刑事政策の動き』（1981）283-284頁は、一般論として自由刑の場合にも「苦痛の平等」の要請は妥当するが、同じように自由を奪われることについて各人の感じる「苦痛の差異」はほとんど度外視できる程度のものであるから、量刑における考慮も不要であるとする。しかし、現実の苦痛感を基準とするのであれば、そのように言い切ることは難しいのではないだろうか。

度の刑罰感痛性を認定して、それを刑の軽減事由とすることは不可能である。

刑の重さを客観的な基準にしたがって量定するという原則――それは実質的には、通説によっても受け入れられている――は、理論的に正当なものである。刑罰は、たしかに犯罪者に「害悪」を科するものであるが、その本質的内容は、対象者を文字通り「苦しませる」ことではありえない。自由刑において制度上予定されている害悪の本質的内容は、自由という客観的利益の剥奪であって、それに事実上伴う「苦痛」ではない。もちろん、刑務所内での生活水準は一般社会よりも低いのが通常であり、また刑務所内では規律ある生活が要求されるから、刑罰は多くの者にとって自由の剥奪以上の「苦痛」を含むものであろう。しかしそれは、受刑者の生活を一般国民の税金によって賄っている以上、そこでの生活水準は一般社会におけるそれより低めに設定せざるをえず、また、刑務所志願者を増やさないためにも、刑務所内での生活に少なくとも「自由の剥奪を補って余りある魅力」があってはならないという考慮によるものであり、苦痛の付与自体が本質的なわけではない[58)]。このように、刑罰制度における害悪の本質があくまで一定の客観的な利益の剥奪に尽きるとすれば、その「重さ」も客観的な不利益の程度によって測られるのが自然である。つまり、個々の者の刑罰感痛性は考慮の外に置かれなければならない。そしてこのことは、中心的な刑罰目的の見地からも筋が通っている。すなわち、本稿の理解によれば、刑罰目的には、国民の善悪の価値判断および損得勘定に働きかけて法益侵害的な行為を抑止するという一般予防的な側面と、価値ある法益が犯罪行為によって侵害されたことに対する無価値評価を公的に確認するという応報的な側面がある[59)]。これによれば、刑罰の発するメッセージは、いずれにせよ一般人ないし社会に向けられている。刑の重さがそのメッセージを反映しなければならないものであるとすれば、それは受刑者個人の苦痛感覚ではなく、社会一般によって理解可能な、より客観化された基準によって判断され

58）西原・総論下486頁参照。
59）前掲第3章参照。

なければならない。このような論理は、本稿の刑罰論に固有のものではなく、積極的一般予防論、（現代的な）応報刑論、さらに犯行均衡説といった、社会一般に対するメッセージの伝達を刑罰の本質的作用とみる見解からは、広く支持されうるものである[60)]。シュトレングが、「有罪判決において問題となっているのは、正義の評価であって、それは共同体に一般的に妥当する諸価値を志向するものである。それゆえ、侵害された法秩序の確証を志向した責任・刑罰の量定は、一般的に理解･合意可能なものであるために、超個人的な『通貨』を、刑の高さの基礎としなければならない」[61)]と述べているのも、上述のような意味において理解されよう。刑罰の重さは、判決において示される、刑の本質的内容として予定されている害悪（利益剥奪）の客観的な程度によって測られるべきであって、それが刑を受ける個人にとって「どれだけ辛いか」は、原則として問題とすべきでない。自由刑であれば、その重さは刑期の長さを基準に比較されるべきであって、受刑者がどれだけ辛い思いをするかということを一般的な基準に流入させるべきではない[62)]。したがって、各種疾病、高齢、言語習慣等の問題により、受刑によって通常よりも多くの苦痛を受けるため「刑罰

60）これに対して、刑罰制度の中心的目的を、特別予防、とりわけ苦痛の付与を内容とする行為者への働きかけ（「懲らしめ」または「行為者の規範意識の確認･強化」）にみる見解からは、刑の重さに託されたメッセージは、まさに「行為者にとってどの程度重いものと感じられるか」が尺度となる。したがって、主観的基準による測定が原則ということになるだろう（若干文脈が異なるものの、城下2001・32頁〔同2007・74頁〕参照）。なお、吉岡・前掲注50「財産刑の量刑」125-126頁は、一般予防目的を掲げる場合にも主観的な受け止め方が基準になるはずであるとする。

61）NK-Streng 2005, § 46, Rn.28. Vgl. auch ders., NStZ 1988, S.486f.; ders, a.a.O. Anm.（47）, S.159; Hörnle 1999, S.168f.

62）罰金刑については、いわゆる日数罰金制をとっているか否かで説明が分かれよう。それを採用するドイツのような法制では、「一定日数分の収入の剥奪」が刑の内容と解されることになり、日数によって刑の重さが比較される（いわゆる日額は、最終的な支払額の算定手段にすぎない）。ドイツの通説は、日数罰金制は刑罰感痛性の考慮を法定化したものとの理解をとるが（井田「ドイツにおける日数罰金制」『変動期の刑事政策　森下忠先生古稀祝賀　下巻』〔1995〕707頁参照）、刑は日数の

感痛性」がとくに高いとされる事例についても、それを刑の「代替的害悪」の延長線上で扱いうる場合を除き[63]、量刑上考慮すべきではない。このように、刑罰感痛性を刑の重さを測るための一般的尺度とすることはできないとすれば、少なくとも量刑一般において、「行為者の人格的特性や社会的環境は、その刑罰感痛性の程度に関係する」ということを根拠に個別化を図ることもできない。社会に適合してきた初犯者に対する軽い量刑を、刑罰感痛性の文脈で理解すること、つまり「初めての経験だから、刑務所での生活はよほど辛いだろう」ということを、刑の軽減事由とすることも、やはり困難である。

イ　刑の「代替的害悪」と非社会化リスク

もっとも、以上の検討により、特別予防的考慮に必ずしも結びつかない量刑の個別化の可能性が閉ざされたわけではない。次の候補となるのは、刑罰感痛性とは似て非なる、刑の「代替的害悪」の概念である。行為者が犯行の発覚、逮捕および起訴を理由（ないし契機）として、解雇もしくは辞職に追い込まれて失職し、またはマスコミのバッシング報道などにより社会的地位・名声を失墜させられたなど、すでに相応の「社会的制裁」を受けているとみられる場合、

形で示されるということに着目すれば、刑の重さを客観的基準で示すという原則に忠実な法制とも評価できる（Vgl. NK-Streng 2005, § 46, Rn.29. Hörnle 1999, S.168は、真に主観的基準によるならば、日数罰金では飽き足らず、金銭に対する個人的な選好が重視されかねないとする。かかる帰結を是認するものとして、M/ G/ Zipf AT Ⅱ, § 63, Rn.118〔「けち」「浪費癖」のような主観的要素をも考慮〕）。わが国のように総額罰金制をとる場合、罰金刑の重さは罰金額により比較されるがことになるが、そこで被告人の経済力等を考慮しないことは、少なくとも自然人の刑法犯に対する罰金刑の多くが、さほど高額ではない、略式手続により科されるものであるという事情からして現実的であり、容認できる（なお、永田憲史「罰金刑の量定（２・完）」100頁以下は、刑の重さは客観的基準により測られなければならないという原則を維持しながら、対象者の経済力に応じた柔軟な処理を可能にするものとして注目に値する）。ただ、特別法犯や法人に対する超高額の罰金刑の説明のためには、なお別個の考慮が必要とも思われるので、ここでは結論を留保したい。

63）後掲注71参照。

わが国の実務[64]および学説[65]は、それを軽減的な量刑事情として扱ってきた。ドイツでは、刑法総則に、１年以内の自由刑につき、「犯行により行為者に生じた結果があまりにも重大であって、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」とする規定（60条１文）[66]があるが、その基本思想は、同規定の形式的要件を欠く場合でも、一般的な量刑判断に反映されなければならないとされており[67]、犯行を契機とした失職[68]、刑事手続の遅延による負担[69]などが軽減的量刑事情として考慮されている[70]。本稿も、犯罪行為を契機として受けることとなった刑罰以外の害悪ないし不利益を、量刑において軽減的に考慮することに反対する理由はないと考える[71]。その法的性格としては、次のように理解できよう。すなわち、刑罰は、犯罪行為に対して

64）詳細な検討として、畑山2007・５頁以下。原田2004・19、166頁、岡田2002・488-489頁なども参照。

65）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) 19頁、指宿信＝城下裕二「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」判例タイムズ819号（1993）58頁〔城下2007・108頁〕、井田1996・305頁、同2001・41頁、宇藤崇「捜査手続の違法に対する事後処理について」刑法雑誌38巻２号（1999）26頁、岡上2006・37頁など参照。

66）その適用範囲については、重大な帰結が、「身体的―精神的なものか経済的なものか、直接的なもの（稼働不能化）か間接的なもの（失職）かは、問わない」し、また近親者を死亡させた場合も含まれるとされる（Schäfer 2001, Rn.424f.）。

67）M/ G/ Zipf AT Ⅱ, § 66, Rn.14; Schäfer 2001, Rn.429.

68）Schäfer 2001, Rn.430.; SK-Horn 2001, § 46, Rn.139. 一定の重さの判決が失職要件になっている場合にそれを回避できるように刑を軽減することに批判的なシュトレングですら、判決前に、懲戒免職などの実質的に刑罰的な性格をもつ処分がなされた場合には、それを軽減的に考慮することに問題はないとする（Streng, a.a.O. Anm（61）, NStZ 1988, S.486; NK-Streng 2005, § 46, Rn.142）。

69）シュトレング2007・155-156頁およびそこに引用された判例（とくに、BGH24, 239ff.）参照。

70）ただし、事実に合致したマスコミ報道による影響を理由に軽減することについては、批判的な見解もある（Schäfer 2001, Rn.430; Hörnle 1999, S.346）。

71）社会的制裁等のほか、前述した、各種疾病、高齢等により「刑罰感痛性」がとくに高いとされている事例についても、「刑の代替的害悪」の文脈で説明できよう（刑

一定の自由・財産等の剥奪という害悪を加えることを予定した制度であるところ、行為者がすでにそれらに（部分的に）相当する害悪を受けている場合には、それは刑罰の「先取り」とみることができるから、その分を、裁判における量刑から割り引いてよい[72]。この種の考慮が、行為責任・予防目的の考慮と関連するものか、それとは区別された（「科刑の必要性」といったカテゴリーの下に論じられるべき）問題なのかが争われているが[73]、それらは、同じ実質を有することがらの表現の相違にすぎず、互いに排斥しあうものではないだろう。つまり、「社会的制裁」という害悪によって刑罰が一部代替されるということ自体に着目すれば、「責任主義や目的主義とは関連しない、それ自体ニュートラ

罰の重さを客観的基準〔刑期〕で測りつつ、付加的苦痛があればそれを刑罰の「代替的害悪」の延長線上で扱うアプローチとして、SK-Horn 2001,§46, Rn.139a)。判例・通説は、刑罰感痛性を、通常からの逸脱が明白・重大なものに限って、事実上軽減方向でのみ考慮しているが、それは、実質的には上記アプローチになじむものと思われる。

なお、上記諸事情による付加的苦痛を量刑上の考慮によって調整することができなかった場合、またはそのような事情が刑の執行開始後に生じた場合、刑事訴訟法482条に着目されよう。同条は、自由刑受刑者が「刑の執行によって、著しく健康を害する」「年齢70年以上」「受胎後150日以上」「出産後60日を経過しない」「子又は孫が幼年で、他にこれを保護する親族がない」などの事由があるときには、検察官の指揮により刑の執行を停止できるとしている（当該事由がなくなれば執行が再開される）。この規定の趣旨は、「自由刑の執行により受刑者本人又はその家族に不当な苦痛や不利益を与える……要素を混入させる重大な事由がある場合に……執行を純粋に受刑者個人の身体的自由の剥奪に限り、いわゆる『自由刑の純化』を図ることにあるとされる」（藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法　第7巻〔第435条～第506条〕』〔2000〕343頁〔玉岡尚志〕）。これにより、重大な付加的苦痛を生じさせる事由がなくなるまで刑の執行を先延ばしにすることで、刑の軽減という方法によらずに上記諸事情に対処することが可能となる。

72）原田2004・166頁。Vgl. auch Streng, JR 2006, S.261（刑罰類似の明らかで重大な不利益は量刑上考慮されるが、それは「刑の代替（Strafersatz）」の性格をもつ）、シュトレング2007・155頁（「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る」）。

73）注64および65に挙げた諸文献を参照。

ルな価値中立的な調整原理」[74]ということになろう。しかしなぜ代替しうるのかという実質的根拠にまで遡れば、犯行をめぐって行為者に加えられる様々な害悪も、事実上、刑罰と類似の機能を果たしうるからということになって[75]、その限度では、責任応報・予防と関連することになるわけである[76]。もっとも、これを「責任刑軽減事由」と表現するのは[77]、概念の混乱を招き、用語法として不適切と思われる。「代替的害悪」は、たしかに責任刑（犯行の重大性と均衡した刑）を100パーセント科すことを不要ならしめるものではあるが、責任（犯行の重大性）そのものを軽減するものではなく、それ自体としては「明らかに行為責任とは無関係」[78]である[79]。

さて、このように、犯罪行為をきっかけとして受けることとなった「社会的制裁」などの様々な不利益を、刑の「代替的害悪」として量刑上考慮できるということになると、それまで社会に適合してきた者であるため刑罰のマイナス効果が大きいとされる場合を、それと同列に扱うことが考えられる。すなわち、刑罰の言渡しおよび執行によって、円滑な社会復帰を困難にする様々な悪

74）原田2004・166頁。Vgl. auch SK-Horn 2001, § 46, Rn.22, 132, 137.

75）平野・総論Ⅰ24頁参照。

76）Streng, a.a.O. Anm（72），S.258（「刑の代替（Strafersatz）とは、応報の必要性が充足され、または威嚇ないし規範確証という予防の目的が実現されることを意味する」）、畑山2007・10頁（「応報及び予防によって根拠づけられる刑罰の必要性が減少する」）も参照。

77）鈴木（茂）・前掲注65「犯罪論と量刑論」19頁。畑山2007・10頁も、「応報の必要性の減少によって責任刑の評価に影響が及ぶことを認めてよい」とする。Vgl. auch Georg Freund, Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung, GA 1999, S.532.

78）井田1996・305頁。

79）「行為責任そのものの判断と……『責任刑』判断とを明確に区別した上、被告人の不利益の考慮は、前者でなく後者の次元の判断の際に行われるものと位置づける」ことを明確にすべきとの主張もある（堀江慎司「コメント　畑山靖『被告人が自己の犯罪により自ら多大の不利益を被ったことと量刑』について」判例タイムズ1252号〔2007〕18頁）。論理的にはそれで問題ないが、「責任刑＝行為責任の重さに応じた刑」という理解を崩すのは、やはり概念の混乱を招くように思われる。

影響が生じるという「非社会化リスク」を、刑の「代替的害悪」として算入し、軽減的な量刑事情として考えることができるように思われる[80)]。

それに対しては、第１に、刑の執行による行為者の非社会化リスクは、将来の蓋然性にすぎず、判決時によってすでに相応の社会的制裁を負っている場合とは異なるのではないか、という疑問があるかもしれない[81)]。しかし、この点は、前述した失職の事例で、雇用者が、有罪判決の確定を待って解雇することを予定しているような場合を考えれば、決定的とは思われない[82)]。またこの点を言い出すと、そもそも刑罰による再犯リスクの拡大についても同じこ

80）Vgl. Hörnle 1999, S.345. ゲオルク・フロイントが、量刑はもっぱら責任相当性の観点から行われるべきだとしつつ（Vgl. Freund, a.a.O. Anm.（77）, S.527）、「刑罰作用の強さは、その時々の具体的行為者に対して予想される影響に依存させられるべき」であり、その意味で「刑罰による怖れられる非社会化……や、刑罰が行為者にとってさらなる負担――失職ないし懲戒処分のような――に結びつけられているという事情が考慮されなければならないということは、実質的には、特別予防という通例の理解とは何ら関係なく、純粋な責任刑の量定である」（S.532）などと述べているのも、非社会化リスクを、社会的制裁などと並ぶ、「代替的害悪」の一環として考慮するものにほかならないだろう。

81）Hörnle 1999, S.346は、量刑軽減事情としての代替的害悪は、「具体的に予測可能なもの」でなければならず、社会的地位が高いことによって様々な不利益がありうるというだけでは不十分であるとする。

82）最近の最高裁判例（最判平成18年10月12日裁判集刑事290号517頁）は、被告人両名が、交際男性と同棲するために３歳の子供（被告人両名の孫）Ｂらを連れて実家を出た娘Ａを説得して実家に連れ戻そうとしたが拒否され、諍いの末、Ｂを実家に連れ帰ったという未成年者誘拐の事案につき、実刑とした原判決を破棄して懲役10月・執行猶予３年としたが、理由の中で、「被告人両名は……土木建築業を営み平穏かつ健全に社会生活を営んでいる。被告人両名が服役した場合、その経営する会社には大きな影響が及ぶことがうかがわれるほか、親族間の対立相克を深刻なものとし、Ｂの福祉やＡの利益にも反する結果を生ずるおそれも否定できない」と判示している。ここでも、量刑事情としての科刑によるマイナス効果は、判決時にすでに確定しているものに限られず、将来生じうる蓋然的なものも含めて考えうることが前提とされている（批判的ではあるが、安原治「量刑事実の選別化の必要性について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』〔2007〕624-625頁参照）。

とが言えるから、その軽減的考慮も許されないことになってしまい、将来的影響の差異を考慮した刑の個別化はおよそ不可能ということになりかねない[83]。「代替的害悪」が現実化する蓋然性の程度（すでに生じている場合は「100パーセント」）を、量刑軽減の「程度」において考慮することは必要であると思われるものの、将来の可能性にかかわる事柄だからといって、排除することが適切とは思われないのである[84]。

第２に予想される疑問が、有罪判決と刑の執行に伴う非社会化作用は、――「社会的制裁」の場合とは異なって――犯罪行為に対する非難すなわち「マイナスの価値判断の伝達」という機能をほとんど含まないから、それを本質的要素とする刑罰に代替すべき害悪としては不適格なのではないか[85]、という

83）その意味で、Hörnle 1999, S.346f.が、非社会化回避のための軽減をすべての行為者について一律に考慮するのは首尾一貫している。

84）なお、科刑により将来生じうるマイナス効果を量刑上考慮するにあたり、ジレンマが生じる場合がある。社会的制裁の典型例としての失職が、「一定の重さの」有罪判決の確定を条件とするが（たとえばわが国の公務員は、禁錮以上の刑に処せられると当然に失職する〔国家公務員法38条２号、76条、地方公務員法16条２号、28条４項〕）、責任・予防を考慮した本来あるべき量刑はその重さを上回っているとしよう。この場合、もとの刑が相当に重く、失職による割引を考慮しても自由刑は免れないならば（たとえば、仙台高判平成15年10月９日判時1870号152頁。原田2004・59頁は、「事案自体が……体刑と罰金刑との限界付近のものでなければ、罰金刑の選択はなかなか難しい」とする）、刑期ないし執行猶予期間の決定にあたり失職分を相応に割り引くことにより対処でき、とくにジレンマはない。それに対して、失職の点を考慮して割引をすると、上記一定の重さを下回る（公務員の例でいえば罰金刑になる）場合は、それによって被告人は本来の重さの処罰を免れ、かつ代替的害悪（失職）も科せられないことになり、（不当にも）二重に利することになってしまう（そのことを批判的に指摘するのは、NK-Streng 2005, § 46, Rn.143f.; SK-Horn 2001, § 46, Rn.138.; Müller-Dietz 1992. Vgl. auch Hörnle 1999, S.346 usw）。これには、（わが国の公務員法制ならば）本来の軽い懲役・禁錮刑を軽減して罰金刑にする代わりに、罰金額は上限ぎりぎりの高額なものとするなど柔軟な対応をするほかないだろう（また、失職は免れても、それ相応の懲戒がなされる場合ならば、このジレンマは緩和されよう）。

85）城下＝指宿・前掲注65「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの

ものである。しかし、それも決定的でない。不注意で起こした交通事故によって、行為者自身が重い傷害を負ったことや、自分の子供を死なせてしまったことを、「代替的害悪」の文脈における量刑軽減事由とみる見解が有力であるが[86]、それらも、犯罪行為に対する非難ないしマイナスの価値判断の契機を含まないものである。刑罰が、犯行に対するマイナス評価の伝達という性格と、事実上の不利益処分（「害悪の付科」）としての性格を併せ備えたものであるとするならば、そのいずれか一方にでも代替しうる性質を有しているのであれば、刑の先取りとしての充当を認めてよい。「マイナスの価値判断」という意味づけおよび害悪（不利益）の程度において、かなり刑罰に近い場合であれば大幅な「相殺」を認めてよいし[87]、そうでない場合にも、その内容と程度[88]に照らして相応に考慮すればよいのである。したがって、「非社会化リス

当否」58頁〔城下2007・108-109頁〕は、違法な捜査手続による害悪について、（公訴提起による社会的地位の失墜とは異なり）行為者の規範意識の確認・強化の必要性の判断に資する要因が存在しないことを理由に、刑罰の害悪と相殺することはできないとしており、同様の思考がうかがえる。さらに、より一般的な問題設定の下に論じる畑山2007・11頁（「第３」）および堀江・前掲注79「コメント」20-21頁も、類似の問題意識を含む。

86）井田1996・305頁、原田2004・166頁など。ドイツの通説も同様である（前掲注67に引用した文献参照）。

87）未決勾留日数の算入（刑法21条）は、不利益の程度において刑罰とほとんど同レベルである。さらに、「犯行に対するマイナスの価値判断を伝達する機能」を、法的には含んでいないが、そのような機能を事実上果たしていることは否定できないから（平野・総論Ⅰ24頁参照）、結局かなりの程度に刑に代替させることができ、大幅な算入が認められるのである。社会的制裁も、害悪の程度が大きいことのみならず、それがまさに当該非行に対するマイナスの価値判断を明らかにする意味でなされることから、かなり大幅な考慮が認められるわけである（畑山2007・12頁も、「正に当該犯罪行為に対する制裁として被告人に科されるものであって、刑罰と目的ないし機能を共通にしているから、刑の必要性の減少ないし清算といった考慮になじみやすい」とする。堀江・前掲注79「コメント」21頁も参照）。

88）原田2004・167頁は、捜査の違法につき「苦痛の内容と程度」に応じて軽減すべきとする。私見では、本文で述べているように、「非難としての性格と害悪の程度」に応ずべきことになる。

ク」が、刑罰制度を運用する国家の意図に反した事実上の不利益にすぎず、犯行に対する「マイナスの価値判断の伝達」という機能を少ししか[89]営まないからといって、「代替的害悪」としての考慮に反対する必要はない[90]。

このようにみてくると、有罪判決と刑の執行に含まれる行為者の「非社会化リスク」を軽減的に考慮することの量刑理論上の位置づけとしては、特別予防目的の追求（再犯リスクの増大阻止）と刑の「代替的害悪」の清算という２つの側面があることを認めてよいだろう。両者は、厳密にいえば完全に一致するものではないが[91]、多くの事例において、事実上競合的に作用することで、犯行の重大性（責任の重さ）との均衡のみを考慮した場合に科されるはずの量刑を、下方へと修正する役割を果たすこととなるのである。

89）非難する機能が事実上のものでもよいとするならば（前掲注87）、「前科者」とのレッテル貼りによる社会復帰の困難化には、むしろそのような機能が備わっているともいえる。

90）なお、畑山2007・５頁以下は、自己の犯罪により被った不利益につき、言われなき不当な制裁であること（「自業自得」でないこと）が、軽減の可否・程度を決めるにあたって重要であるとし、社会的に容認された制裁等による不利益の考慮には消極的である。それによれば、刑罰の執行による非社会化リスクを「代替的害悪」として考慮することも否定されよう。しかし、そもそも刑罰は「自業自得」的に科される、社会的に容認された制裁であるのに、それに代替すべき害悪に、言われなき不当な制裁であることを求めるのは理論的に適切でない（堀江・前掲注79「コメント」20-21頁も参照）。このことは、軽減事由の典型例としてのいわゆる社会的制裁（失職）を考えれば明らかであろう。ちなみにドイツでは最近、被告人が意識（Bewusstsein）していた不利益は、軽減的な量刑事情として考慮すべきでないとした判例（BGH JR 2006, 256）が出されているが、この――「自業自得」だから排除するというよりはかなり狭い――基準も、多くの典型事例において広く軽減を否定してしまいかねないとして、学説により批判されている（Vgl. Streng, a.a.O. Anm（72）, S.259ff.〔シュトレング自身は、軽減を否定するには、被告人が甘受（In-Kauf-Nehmen）までしていたことが必要とする〕）。

91）これに対し、城下2007・８頁は、犯人に具体化する不利益が不均衡に大きくなることを理由に実刑を避けるというのであれば、その考慮の内容は特別予防にほかならないとする。

(3) 幅の下回りについて

量刑における非社会化リスクの回避（ないし低減）のための下方修正の法的性格をめぐる以上の分析から、その「程度」の問題についても、首尾一貫した解決を与えることが可能になる。

責任刑（犯行の重大性に均衡した刑）の幅を下回ることが許されるかという問題について、ドイツでは、判例および伝統的見解がこれを否定してきたのに対し、ロクシン以降、例外的に幅の下回りを認める学説が有力化している[92]。しかし、問題を、特別「予防」的考慮からの軽減に限定して考える限り、「この観念的な論争は、内容的な相違を、実際よりも大げさに表現している」[93]という評価が正当だろう。下回り肯定説も、その例外的な軽減に下限がないと主張するのではない。「責任の量を下回ることが、『一般人の法感情にとって、およそ理解不能と考えざるをえない』場合に……『法秩序の防衛』という基準が、その歯止めとなる」[94]、軽減が許されるのは、「犯罪に対する刑としての意味をもち得る最低限の刑量にまで」である[95]といった、新たな限界を設定しているのである。しかし、その限界もやはり責任の重さ（犯行の重大性）によって引かれるというならば、両説の相違は表面的なものにすぎず[96]、そうだとすれ

92）前掲第２章第２節１(2)エ参照。Henning Radtke, in: Joecks/ Miebach（Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I , 2003, Vor § 38ff., Rn.36は、下回りが許されるのは、「それ自体責任に相応する刑が、刑法と刑罰の効果についての一般的な不確かさにもかかわらず、予防的な法益保護を目指すのにふさわしくないといえる場合」に限定されるべきであるが、実際にそのような場合を想定するのは困難だとする。

93）NK-Streng 2005, § 46, Rn.47.

94）Roxin 1977, S.477f. なお、ドイツ刑法における「法秩序の防衛」概念について詳しくは、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」警察研究62巻11号（1991）17頁以下・12号（1991）41頁以下・63巻１号（1992）16頁以下・２号（1992）44頁以下・３号（1992）35頁以下などを参照。

95）井田1996・301頁、同2001・38頁。同2004・217頁の図も参照。

96）「犯罪に対する刑としての意味をもち得る最低限の刑量」とは、まさに責任刑の幅の下限のことにほかならないように思われる（前掲本章第１節１参照）。

ば、「かかる要請を守っている限りは、〔真の〕責任の下回りは存しない」[97]としておく方が説明として簡明である。犯罪行為をその重大性に応じて処罰する要求（量刑における犯行均衡原理ないし責任相当性の原則）が、中心的な刑罰目的を実現するためのものであるとする場合、犯行の重大性に釣り合わない軽い量刑は、これらの刑罰目的の追求レベルを、許容量を下回って引き下げることを意味する。それに対して、特別予防は、少なくとも刑罰制度の存在を根拠づけるような中心的な目的ではありえず[98]、せいぜい副次的な刑罰目的（または広い意味での刑事政策的目的の一環）として考慮されうるものにすぎない。このような刑罰制度における位置づけを考えれば、犯行の重大性に均衡した（少なくとも、許しがたいほどに不均衡ではない）量刑が優先されるべきは当然だろう。

しかし、上述のように、非社会化リスクの回避（ないし低減）のための下方修正が、再犯リスクの増加阻止といった特別予防的な側面のみならず、刑の「代替的害悪」の考慮という側面をも有しているとする場合、事情は変わってくる。刑の「代替的害悪」の考慮とは、刑の一部がすでに実質的に執行されているという評価を前提に、それを量刑の割引により清算しようとするものであるのだから、軽減の程度には、理論上、限界がない。その種の事情は、「責任刑を科すことを不必要に思わせる事情であるから、責任判断を下回る量刑を可能にし得るのは当然」なのである[99]。このことは、「代替的害悪」の典型例として明文化されている未決勾留日数の算入（刑法21条）が、「本刑に満つるまで」

97）Streng, a.a.O. Anm（20），Rn.437. シュトレングは、ロクシンらの見解をそのように理解したうえでこれに賛成し、他方、「真に責任を下回る刑罰は、違反された規範の意義を弱体化しようとでもしないかぎりは、許されてはならない」と主張する（Rn.438）。

98）前掲第３章第３節２参照。なお、前田ほか・司法研究10頁によれば、刑罰の果たす役割について、アンケート調査回答者の一般国民の約56％が「悪いことに対する報い」を、約31％が「犯罪を抑止するもの」を選択しており、「犯罪者を教育するもの」を選択したのは約12％にすぎない。

99）井田1996・306頁、同2001・41頁。シュトレングも、非社会化の回避のための軽減は、責任刑を下回ることを正当化できるものではないが、刑の代替（Strafersatz）

なされうる[100]ということにもあらわれている。そうだとすれば、有罪判決と刑の執行による行為者の非社会化リスクについても、再犯可能性が低いというにとどまらず、若年で、その人格・環境には非の打ち所がまったくなく、今回の犯行はまさに「気の迷い」としか言いようがないなど、非社会化リスクがきわめて深刻であることが立証された場合には、特別予防と「代替的害悪」の観点を合わせた軽減の程度はかなりのものになる。学説上、「責任刑の幅を下回る必要性がある例外的場合」としてとくに議論されているのは、まさしくそのような場合である。

これに関して、さらに次の２点について注意を喚起する必要があるだろう。

第１に、非社会化リスクを、刑の「代替的害悪」の延長線上に捉えることができるといっても、そのポテンシャルは、実はかなり制限されたものであるということである。ある事情を、刑の「代替的害悪」として考慮できる「程度」は、その事情が、現実的な害悪を発生させる蓋然性の程度、ならびに、害悪（不利益）性および「犯行に対するマイナス評価の伝達」機能においてどれだけ刑罰に近いか、を考慮して決定される。とすると、非社会化リスクは、前述のように、未決勾留日数の算入やいわゆる社会的制裁と比べてかなり見劣りするというのが正直なところである。したがって、責任刑の幅の下回りは、理論上妨げられないとしても、実際上は、行為者の非社会化リスクが特に高い例外的場合に限られるのである。

第２に、「代替的害悪」の考慮によって、責任刑の幅を下回る、犯行の重大性と釣り合いのとれないような軽い量刑をした場合には、それを判決によって知ることになる国民一般に、「これだけの重大な犯罪が、これだけの軽い刑にしか相当しないのか」という「誤解」[101]を誘発するおそれがあるということ

としての行為者に生じた不利益の考慮においては、そのような制約はないとする（Streng, a.a.O. Anm（72），S.258）。

100）原田2004・58頁など参照。

101）つまり、「代替的害悪」の考慮は、実質的に刑の一部がすでに執行されていることに着目して、それを本来の（犯行の重大性に均衡した）刑から割り引くものであ

である。このおそれに対して何らかの手を打たないと、「日本の裁判所は、被害法益の価値や、刑法による犯罪抑止の機能を不当に軽く見積もっているのではないか」という誤解に基づく批判が起こり、それが刑事司法全体に対する不信感につながる可能性もある。裁判官（や裁判員）の中には、批判を真に受けて、（不当な）重罰化を図ろうとする者が出て来ないとも限らない。そのような見地からして注目されるのが、未決勾留日数が算入される場合、本刑の刑期と未決勾留日数の算入日数が、判決主文でそれぞれ明示されるということである。それによって、たとえば、「本刑に満つるまで」算入した場合でも、「これだけの犯罪をしたのに、刑が全く科せられないのか」といった誤解が生じるリスクが回避されうるのである。これは、未決勾留日数の算入が、場合によっては大幅な刑の軽減に結びつきうることを考慮した、優れた技術的措置といえよう。そして、そのことから推し量るに、「代替的害悪」の存在を理由に、犯行の重大性と釣り合いのとれないような軽い量刑をした場合には、判決の量刑理由において、犯行の重大性（責任の重さ）からして、本来であれば懲役何年から何年程度の刑が相当であったのか、および、いかなる具体的考慮によってそのような大幅な刑の軽減に至ったのかを説明すべきであろう[102) 103)]。わが国

るのに、その事情を知らずに、犯行内容と量刑結果だけを聞き知った者は、「裁判所は、その刑が犯行の重大性に相応すると判断した」ものと誤解する可能性があるのである。

102）実は、「代替的害悪」の考慮の場面でだけではなく、一般的にそのような体系的に整理された量刑理由の判示をすることが、判決の説得力を高めるという意味で有用である（少なくとも、現在のようにあらゆる事情を有利・不利に分けて列挙するようなスタイルから、何がどのように考慮されて刑が決められたのかを知ることは困難である）。たとえば、①まず犯行の重大性からしてどのような刑の幅がありうるかを示し、②しかる後に、いかなる事情が特別予防上重視されたかを説明するというスタイルは、すぐにでも実践可能ではないだろうか。本稿の立場からすれば、①の判示を、違法性の重大さに応じた（中心的な刑罰目的の追求に適った）刑の程度を示す段階と、狭義の責任評価による割引の根拠になった事情を説明する段階に分けるのが理想だが、それには理論上の批判も多く予想され、さしあたり実践は困難かもしれない。

の学説において、幅の理論を前提としながら責任刑の下回りを例外的に容認する見解が、その場合の「問題は、裁判所が、量刑判断の理由づけにあたり、なお適正な量刑であることを、訴訟関係者や一般国民にいかに説得するかであ」り、「状況が特殊であり例外的であればあるほど説得は容易になる」としているのは[104]、以上のような趣旨でよく理解されうるように思われる。

2　加重的考慮

(1) 問題となる場面

幅の理論を支持する多数説および量刑実務は、以上のような特別予防的考慮による軽減のみを問題としているわけではない。「特別予防的考慮は……長期の収容によって社会復帰をはかるというように刑罰を重くする方向にもはたらく」[105]、「再犯のおそれという特別予防の観点から、刑が加重されることは肯定できよう」[106]というように、責任刑の幅の枠内において、特別予防的な考慮によって刑を加重することも認めているのである[107]。本稿の理解によれば、責任刑の幅の範囲内における特別予防的考慮のあり方は、次のようなる。まず、①行為者がそれまで社会に適合した生活を送っており再犯のおそれに乏しいことから、犯行の重大性（責任の重さ）に最もふさわしい刑を科すことが

103）もっとも、有罪判決と刑の執行による「非社会化リスク」について、行為者の社会復帰が困難になりうる具体的事情をあまり書き連ねるのは、それを裁判所が是認しているかのような誤解を招き、また更生意欲の喚起という意味でも望ましくないから、むしろ被告人の社会適合的な人格・環境に際立つ面があるという事実を中心に記載すべきであるように思われる。

104）井田1996・301頁、同2001・38頁。

105）阿部2001・５頁。

106）遠藤2005(3)・30頁。

107）上記のほか、前掲本章第１節に引用した諸文献および米山2007・８頁参照。なお、井田2005・220頁以下は、実務は、学説と異なり責任と予防を画然と区別しないから、学説が特別予防的考慮に基づく加重であると考える場合でも責任の観点で説明する傾向が強いとする。

特別予防的にみて有害（な作用のほうが大きい）と考えられる場合には、その程度に応じて、刑を軽減する。次に、②行為者の再犯のおそれがはっきりとは認識されず、犯行に最も均衡した刑を科すことの有害性が明らかでない場合には、予防的考慮による修正は行わない[108)]。それに対し、③行為者がすでに社会から逸脱している度合いが大きく、再犯のおそれが顕著であるため、犯行に最も均衡した刑を科すことによるさらなる非社会化リスクが認識できないのみならず、再犯防止のためにさらなる科刑の必要性があると思われる場合には、いよいよ特別予防のための刑の加重が検討される。高度の再犯のおそれが認定される場合が必ずしも多くないことを考えれば、そのような加重方向での考慮が問題になるのは、例外的な場合に限られるが[109)]、たとえば殺人、傷害致死、強盗、強姦といった重大犯罪の再犯のおそれが顕著である場合には、この問題がクローズアップされてくるだろう[110)]。そのような場合に、責任刑の幅の「上半分」、すなわち、犯行の重大性（責任の重さ）に「最もふさわしい刑」と、犯行との均衡性からして「なお許容しうる刑」の間で、どのようなポリシーにした

108）この点に関し、「非対称の幅の理論」に対する後述の批判を参照。

109）Vgl. Bruns 1985, S.95; Jescheck/ Weigend AT, S.878f.; NK-Streng 2005, § 46, Rn.34, 37; Schäfer 2001, Rn.474; B-D Meier 2006, S.189f.; ders. 2005, S.772; Weigend 2004,S.192f. 井田1996・299頁、同2001・37頁も参照。

110）遠藤2005(3)・30頁は、①重大犯罪で起訴された場合には、責任刑自体がかなり重いから、特別予防的考慮による加重という問題はあまり生じないのに対し、②軽微から中程度の犯行の事案については、それがクローズアップされるとする。もっとも、①重大犯罪においても、責任刑の幅を認め、また一般論として特別予防の加重的考慮を肯定するのであれば、幅のなかでの加重が問題となる場合は十分にありうる（米山2007・12頁も参照）。また、②起訴された犯行と同様、予想される再犯も軽微なものであるならば、いわゆる比例原則によって、加重は原則として正当化されない。たとえば、無免許運転を繰り返す者について、いかにその者が再犯に陥る可能性が高くとも、行為者の自由剥奪期間を延長してまで、その防止を図ることが許されるとは思われない。特別予防的な加重が問題となるのは、（運転技術自体が未熟で再度の無免許運転により事故を起こす可能性があるなど）再犯の予想される犯行が一定の重大さを備えている場合である（Vgl. Schünemann 1987, S.218f.; NK-Streng 2005, § 46, Rn.37; B-D Meier 2006, S.189; ders. 2005, S.771）。

がって刑を決めていくのが合理的であるかが、ここで検討される問題である。

なお、第２章で紹介したように[111]、最近では、責任の幅の下限を科すことを原則とし、予防の必要性が明らかに認められる限りで加重していくという「非対称の幅の理論」が有力に主張されている。この見解は、①理論的には、責任刑は市民の処罰要求の満足（による一般予防）のための科されるものであるが、比例原則（同じ効果を有する不利益制裁の中ではなるべく不利益性の少ないものによらなければならないという考え方）からすれば、責任刑の下限を科すことを原則としなければならないという考慮に基づいており、②実践的には、責任刑の幅というものが（従来考えられていたよりも）かなり広いとすれば[112]、その「上限」による量刑規制には多くを期待できないという考慮に根ざしている[113]。しかし、その帰結として、「下方への責任の幅はそもそも存在しない」[114]とすると、特別予防的考慮は常に加重的ということになる。これは、幅の中心あたりを原則として、特別予防的なマイナス効果を回避する必要性が強ければ軽減し、逆に再犯防止のための科刑の必要性が強ければ加重するという一般的理解からは受け入れにくい[115]。「非対称の幅の理論」の根拠のうち、上記①の論拠については、幅の枠内にある刑はどれも等しく責任相当である（た

111）前掲第２章第２節１(2)オ。

112）前掲本章第１節１（とくに注11に引用した文献）参照。

113）NK-Streng 2005, § 46, Rn.34, 102、シュトレング2007・141頁以下およびそこに引用された文献を参照。Vgl. auch B-D Meier 2006, S.205f. 井田「量刑をめぐる最近の諸問題」研修702号（2006）９頁はこれに好意的である。

114）Streng, Praktikabilität und Legitimität der “Spielraumtheorie”, FS-Müller-Dietz, 2001, S.899.

115）2006年12月の慶應義塾大学におけるシュトレング教授の講演後の質疑において、原田判事ら実務家からこの点が指摘された（原田2007・77頁注32も参照）。シュトレング教授はその後講演原稿を加筆・修正され、いくつかの反論可能性を提示されたが（詳しくは、シュトレング2007・145-147頁参照）、それはたとえば「通常の場合には責任刑のおおむね下の方――しかし文字通りの下限ではない――からスタートすることにし、異例といえるほどに予後が良好な者には文字通りの下限まで下げることができる」といったもので、いかにも歯切れが悪い。

とえば「市民の満足要求」に等しく応えうる）という理解（均等モデル）、または、量刑における責任相当性の原則ないし犯行均衡原理に、不均衡な刑を排除する消極的な意義しか認めない理解のいずれかを前提としなければ理論上成り立たない。本稿のように、責任の幅の中には個別の犯行に「最もふさわしい」刑とそれに対応する刑としての性格づけを失わない「許容限度」の刑がある、つまり幅の中でも犯行均衡性の程度に差がありうると考え、かつ、犯行均衡原理に中心的な刑罰目的との積極的な関連性を認める理解に立つのであれば[116]、幅の中心あたりから出発して、予防的考慮によって刑を加重・軽減する従来型の幅の理論が理論的にも正当だということになる。上記②の論拠については、その意図は十分に尊重すべきであるが[117]、それは、責任刑の幅の真中あたりから出発することを前提に、幅の「上半分」を用いることの例外性を明確にすることで対処すべきである。

(2) 特別予防の内容

ア　再社会化（改善）のための量刑加重の問題点

まず検討されるべきは、そこで問題にされている「特別予防」的考慮の内容はどのようなものかということである。周知のように、特別予防目的としては、いわゆる特別威嚇、再社会化（改善更生）および保安の３種があるとされるが、刑の個別化の目標は、「犯罪者を再教育して善良な市民として社会に復帰させることにある」[118]とか、「被告人の更生のためにはどのような刑がよいのか、執行猶予も含めて検討していくのが量刑のプロセスだ」[119]などと述べられるように、行為責任（ないし犯情）の幅の範囲内で、行為者の再社会化（改善更生）に最も適した働きかけを行うというのが、わが国の一般的理解であ

116）前掲第３章参照。
117）前掲本章第１節１参照。
118）松本1982・160頁以下参照。
119）原田2004・210頁。

る[120]。広い意味での行為者への働きかけには、特別威嚇という観点も含まれないではないが[121]、これは、「社会内における自発的な更生がなお期待できるから、罰金や執行猶予付判決によって警告を発しておけば十分である」いったニュアンスで使われることが多く、結局は再社会化（改善更生）のための一手段ということに帰するであろう。保安的な見地は、少なくとも表面的には、敬遠されている[122]。このように、量刑における特別予防目的として意識されているのが行為者の再社会化（改善更生）であるとすると、幅の枠内において特別予防的考慮により刑を加重する場合も、そのような積極的目的のために行われていると説明することになるのだろう。重い求刑や判決の量刑理由で、「規範意識の鈍磨が甚だしいことから、長期間矯正施設に収容して徹底した矯正教育を施す必要がある」などと述べられることがあるのは、まさにそのような趣旨と思われる。では、そのような考え方は、――前述のように、責任主義それ自体から排斥されることにはならないとしても[123]――実質的に合理的なもの

120）伊東＝小島アンケート58頁によれば、「『特別予防』ということで通常何を考えていますか」との質問に対して、回答者42名中33名が「教育的処遇による再社会化ないし社会復帰」を選択している。米山2007・8頁も参照。学説では、威嚇や保安を「消極的特別予防」、再社会化による社会復帰を「積極的特別予防」と呼んで区別し（Vgl. B-D Meier 2006, S.187ff.）、後者のみを考慮できると論じる見解も主張されている（伊東1993・309頁以下など）。

121）上記アンケート調査では、「威嚇による再犯防止」を選択した回答者は42名中11名であった。

122）上記アンケート調査では、「隔離による無害化」を選択した回答者は42名中4名であった。座談会2004・71-72頁（原田、小林発言）は、隔離それ自体による特別予防は考えていないことを明言する。

123）なお、改善治療を「強制」することの禁止からして、改善のための刑の長期化も当然に許されないとする見解もある（Hart-Hönig 1992, S.59ff. 前掲本稿第2章第4節2(3)イ参照）。しかし、文字通りの強制的な改善治療は許されないとしても、社会復帰のための指導を受けることを法律上義務づけ、受刑者に強く働きかけることまで否定すべきでないとするならば（前掲第3章第3節2(3)で引用された文献参照）、その機会を提供するものとしての自由剥奪期間の延長も、原理的に排斥されるものではないだろう。

といえるだろうか。

それを肯定するためには、たとえば、犯行の重大性（責任の重さ）だけを考慮すれば懲役８年程度が最も相当であるが、許容される幅としては懲役６年程度から10年程度が想定できるという場合に、懲役10年の刑（によって、より長期間にわたって矯正処遇を行う可能性を確保すること[124]）が、懲役８年の刑に比べて、より効果的に行為者を再社会化するということが、（科学的実証までは要求しえないとしても[125]）合理的な期待をもって言えなければならない。しかし、そのようなことが言えるかは甚だ疑問である。「特に徹底的な刑法的介入が、その程度に応じて集中的な……再社会化効果を引き出しうるという期待は、実現されなかった」[126]などとされるように、自由刑の有する再社会化効果が過大評価されてはならないということは、幅の理論を支持する論者においても承認されている[127]。自由な社会において犯罪をしなくて済むような訓練を、まったく社会から隔絶され、また常に監視の目が光っている刑務所の中で行うことにははじめから限界があるということからしても、刑務所における処遇がその長さに応じて行為者を再社会化するという見通しを持つことはできない[128]。とりわけ問題なのは、刑の加重の対象者として想定されている常習的な累犯者などには、それまでの刑罰による働きかけに効果がみられなかった者が多く含まれるということである[129]。そのような者について、「今回だけは有効だろう」

124）刑罰（自由刑）の本質的内容としての自由の剥奪それ自体は、行為者の再社会化（改善更生）に役立つものではない。したがって、再社会化（改善更生）のための刑の加重とは、刑の執行に伴って行われる矯正処遇に期待し、その実施期間を延長することを意味する。

125）前掲第３章第３節３(3)ア参照。

126）NK-Streng 2005, § 46, Rn.34. Vgl. auch Streng, a.a.O. Anm.（20）, Rn.225f.

127）Vgl. Müller-Dietz 1992, S.415f.; Jescheck/ Weigend AT, S.878f.; B-D Meier 2005, S.772. 幅の理論に反対する見解からは、「処遇ポテンシャルの楽観的な評価に関する懐疑は、今日ほとんど一般常識になった」とまで言われている（Hörnle 1999, S.86）。

128）NK-Streng 2005, § 46, Rn.34. Vgl. auch Weigend 2004, S.186.

129）Vgl. NK-Streng 2005, § 46, Rn.35.; B-D Meier 2006, S.187f.; Hörnle 1999, S.163.

などと言うのは楽観的すぎる。「前回は処遇が不十分だったのだから、今度はさらに手厚い処遇を行うことで、成果を上げるべきだ」というのは、行刑の心構えとして正しいが、それを刑の加重につなげるのは合理的でない。

もちろん本稿は、刑務所内における矯正処遇にまったく効果がないなどと主張したいわけではない。「何の役にも立たない（nothing works）」というスローガンが、誤解をまねく誇張的表現であったことは今日の常識といってよい[130]。しかし、処遇戦略が成功するか否かは、再犯のおそれのみならず、「犯行の個別的な原因」や「個別的な処分に対する、行為者ごとに異なる感応可能性（Ansprechbarkeit）を考慮」して、「有罪判決の基礎になった犯行およびそこにあらわれた個人的な障害や欠陥を、努力の出発点にする」ことかできるかどうかに依存しており[131]、決して、「犯罪傾向が進行している者ほど、長期の処遇が望まれる」というような単純なものではない。重い量刑を「有効性」の観点でも合理的なものとするためには、行為者が犯行に至った人格的ないし能力的な要因を解消するための、その者によって受け入れられる見込みの高い処遇プログラムを考え、「そのためにより多くの時間がかかる」ことを明らかにしなければならないのである。しかし、少なくとも自由刑の刑期をめぐって、そのような判断は通常行われていないように思われる。判決の量刑理由においては、被告人に対する処遇の抽象的な必要性が語られることはあっても、その具体的内容（およびそれにどの程度の期間を要するか）について理由づけを伴った言及がなされることはほとんどない[132]。どのような人格・環境にある者が再犯に陥りやすいかについては、経験科学的に確度の高いものであるかどうかはともかく、ある程度の常識的判断が可能である。裁判官は、累犯者の審理な

130）前掲第３章第３節２（3）注59〔本誌９号19頁〕に引用された文献を参照。

131）B-D Meier 2006, S.188.

132）せいぜい、しばしば見られる被告人の「更生可能性」や「更生の意欲」への言及が、それに関係すると思われなくもないが、それも実際には、被告人の一般的な犯罪傾向ないし反社会的傾向（したがって、再犯可能性の判断要素）を言い換えたものにすぎず、具体的な処遇への適合性まで考慮して述べられているとはいいがたい。

どの職業的体験に基づいてそのイメージをもつことが不可能ではない。それに対して、当該被告人にどのような処遇プログラムが有効なのか、それにどの程度の時間が必要なのかといったことを、刑事裁判の場で判断することはきわめて困難である[133)]。行為者の再社会化（改善更生）目的を標榜して量刑するといっても、その判断を具体的な処遇（やそれに要する期間）に及ぼすことが困難だとしたら[134)]、「看板倒れ」の感が否めない[135)]。

133）瀧川裕英「量刑権力の説明責任」法律時報78巻３号（2006）20頁は、「ある被告人に対する刑を２年６月ではなく３年に加重した結果として、当該被告人に対する特別予防の効果がどの程度あったのか……に対して個々の裁判官は関心を持たないし、その結果を裁判官にフィードバックするシステムも存在しない」以上、「裁判官は、刑罰の予防効果の判断について、長年の経験の中で熟練した技能を体得するわけではない」ということを強調しているが、積極的な再社会化（改善更生）に関する限り、正鵠を得た指摘である。なお、裁判官には刑事施設を巡視する権限があるが、これをもって、裁判官が自ら有罪判決を下した被告人の処遇に関心を持ち、その成果を自らの職業的体験に取り入れて、別の事件における量刑判断に生かしていると言うことは無理であろう（守屋克彦「情状鑑定について」季刊刑事弁護30号〔2002〕40頁参照）。

134）米山2007・10頁は、「援助プログラムの中には、対象者の資質や環境を調査した結果に基づき……行動科学的知見や治療的モデルを採用したといえるものもある。被告人の特性にもとづく特別予防と社会復帰の目的を考慮した量刑・処遇選択をする上で、……行刑における個別処遇の最近の実情を知ることは有益であろう」とするが、これも一般論であり、具体的な被告人について、裁判官がその処遇プログラムまで考えて量刑すべきことまで要求しているわけではないだろう。

135）この点に真剣に対処しようとするならば、現在の刑事裁判における量刑判断は大きく改変される必要がある。たとえば、具体的処遇までイメージして判決するために、判決前調査制度を導入し、または常に情状鑑定を行う必要が出てくるだろう（B-D Meier 2006, S.188は、処遇内容〔たとえば、1998年に導入された、性犯罪者に対する、社会治療施設での自由刑の執行〕が刑期の判断にとって重要である場合を認めつつ、「その問題について、公判手続で専門家の助言なしに判断することは、警戒の目でみられなければならない」とする）。しかし、処遇の専門家の判断を仰ぐことを必要的なものとすることはあまり現実的ではないように思われる（判決前調査制度の導入や情状鑑定の活用をめぐる議論状況については、米山2007・39頁以下を参照）。さらに、現在の制度では、「裁判官の判断は、多くの場合、処遇の質を

これに対して、処遇にどの程度の期間を要するかはやってみなければわからないのはその通りであるが、それならば、再犯のおそれが一応窺われればとりあえず加重された刑を言い渡しておいて、もし早めに改善傾向が見られたらその時点で仮釈放すればよいという考え方もありえよう[136)]。しかしそれを言い出すと、再犯のおそれがそれほど強くなくても処遇（によって再犯のおそれを減弱させること）に時間がかかる受刑者もありうる以上、執行猶予が問題になるような場合を除いて、つねに幅の上限の刑を言い渡しておけということになりかねない。たしかに、予想よりも早く改善が進んだ場合の早めの仮釈放という選択肢は、大いに活用されてよいが、「それがあるから、重い量刑をゆるやかな要件で言い渡してよい」ということであってはならない。判決を言い渡す時点においても、刑期はそれなりに合理的なものではなくてはならない。

このようにみてくると、行為者の再社会化（改善更生）が、それ自体としては望ましい目標であることに疑いはないとしても、量刑を加重することによってそれを追求するという考え方は、合理性を欠いているように思われる。再犯のおそれが強く、特別予防的な対処を必要としている者に対して、刑務所内における矯正処遇が、一般的にその長さに応じて行為者を再社会化するとはとても言えないし、適合的な処遇プログラムの実施に必要な期間を個別的に判断して加重の可否・程度を決することは裁判所の能力および役割からして、無理な注文といわざるをえないのである。

イ　保安の再評価と社会復帰思想の位置づけ

このように、少なくとも自由刑の刑期を加重する理由として、再社会化（改

動かすことではなく、刑……の量的な差に向けられるに過ぎない」と言われるように（守屋・前掲注133「情状鑑定について」40頁）、仮に裁判所が具体的な処遇プログラムをイメージして刑期を決めたとしても、現実の行刑がそれに従って動く制度的な保障はないことにも注意を要する。

136）若干異なった文脈ながら、岩井宣子「法定刑改定と刑事政策」刑法雑誌46巻1号（2006）55-58頁参照。

善更生）に適格性がないとすると、――前述のように、表立っては敬遠される傾向がある――行為者の一時的な隔離による保安が再びクローズアップされてこよう。ドイツでは、特別予防目的の序列をはっきりさせ、刑罰による再社会化（改善）の見込みがない場合に限り、「最後の手段（ultima ratio）」として、保安目的が考慮されるという見解が有力であるが[137]、これを文字通りにとればいかにも便宜的といわざるをえない。もともと保安的考慮が（再社会化への努力の「前提」として）自由の剥奪を根拠づけてきたということがあってはじめて、そのようなことが言えるように思われるのである[138]。

保安は、刑罰を加重する目的として考えるとき、再社会化（改善）に比べて、ずっと合理的である。第１に、何よりそれは、刑罰（自由刑）の本質的内容をなす自由の剥奪によって、直接的に追求されうる。その意味で、刑罰それ自体ではなく、それによる自由剥奪状態をいわば「有効利用して」行われる矯正処遇によって間接的に追求されるにすぎない再社会化（改善）[139]よりも、刑の加重事由としてふさわしい。第２に、保安的考慮による場合、加重の「必要性」と「有効性」に齟齬が生じないから、加重の基本的なポリシーは、いたってシンプルである。決定的なのは、予想される再犯内容をも含めた意味での「再犯のおそれ」の程度である。たとえば、犯行の重大性（責任の重さ）だけから

137）M/ G/ Zipf AT Ⅱ, § 63, Rn.111ff.; Bruns 1985, S.96f.; LK-Gribbohm 1994, § 46, Rn.28; NK-Streng 2005, § 46, Rn.37. わが国で支持するのは、川崎1991・179–183頁。

138）NK-Streng 2005, § 46, Rn.34が、「再社会化と保安の必要性が……重なり合うこと」が幅の枠内での加重を正当化しうると述べているのも、そのような趣旨に読める。

139）再社会化のための処遇を、刑罰それ自体ではなく、自由剥奪状態を有効利用して行われる刑事政策的活動の１つとして理解すべきことについては、前掲第３章第３節２(3)参照。なお、飯島暢「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」香川法学26巻３＝４号（2007）119頁以下は、犯罪によって侵害された法秩序の規範妥当状態を犯罪以前のそれに回復させることが刑罰目的であるとする応報刑論と、行為者の再社会化の本質的な結びつきを主張する（「刑罰を通じて、犯罪行為を行う以前のような、法秩序の規範に従って生活していた市民・人格の状態に当該犯罪者を立ち返らせてこそ、刑罰によって法秩序は回復されたと言える」）。

考えれば懲役３年６月程度が相当であるが、しかし懲役５年程度までなら許容範囲といえる場合、重大犯罪（たとえば殺人、強姦、強盗）の再犯が強く予想されるのであれば、その程度に応じて、最長で許容期間ぎりぎりまでの間、隔離し、一般人の安全が確保される期間を延ばすことになる。そこでは、量刑判断において、具体的な処遇プログラムやその行為者への適合性、さらにはその所要期間をも念頭に入れなければならないのかといった問題は生じない。量刑における特別予防的な考慮について、「再犯の恐れがあれば重いほうに、なければ軽いほうにというのが実際だ」[140]、「同種前科の有無、程度……、起訴され認定し得る同種犯罪事実の有無、程度……、関係証拠から明らかに認定することができる同種余罪の有無、程度……また、それを補完するものとして生活状況や監督状況」といった「客観的資料から再犯のおそれが相当程度認められる場合には、再犯のおそれの内容にはよるが、その刑を１、２ランク程度重くすることは肯定されよう」[141]といったシンプルな判断をしている量刑実務のあり方は、むしろこの保安の観点になじむものであろう[142]。

このように、本稿は、犯行の重大性（責任の重さ）との均衡という観点からして許容される「幅」の範囲内で、特別予防的考慮によって刑を加重することを合理的に正当化しようとすれば、その内容は「保安」の考慮に求めるほかないと考えるものである[143]。

140）座談会2004・71頁（原田発言）。

141）遠藤2005(3)・30頁。

142）第３に、付随的な論拠であるが、刑の加重根拠が保安という公益目的であることを認めることは、再社会化は「本人のためでもある」といえることから、それによる刑の加重の不利益処分性がうやむやにされやすいのに比べて、運用における謙抑性が期待できるというメリットもあるかもしれない。

143）ただし、この特別予防のための加重は、性質上、無期懲役刑までにとどまる。つまり、「責任刑の幅が無期ないし長期の有期懲役から死刑に及ぶところ、再犯のおそれが顕著なので死刑にする」というようなことがあってはならないことを強調しておきたい（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〕283頁は、「死刑と無期懲役刑が責任の幅であり、そ

もっとも、それにはおそらく抵抗が強いだろう。考えられる批判は、行為者を隔離しておけばその間の再犯だけは防げるということを加重根拠とすることは、あらゆる犯罪者が立派に社会復帰することを究極の目標とする刑事司法のあり方として不健全ではないかというものである[144)]。

しかし、本稿は、犯罪者の再社会化ないし社会復帰が、刑事司法における１つの究極の目的であることまで否定しているわけではない。それを「裁判における量刑の加重」という手段によって追求することには合理性がない、と言っているにすぎない。むしろ、行刑目的としての社会復帰思想は、わが国でもすでに立法的にも明らかにされているように[145)]、おおいに推進されるべきである。たしかに、行刑における矯正処遇は、少なくない国家予算を投入しなければならない割に、結果的に個々の被告人には有効ではない場合も多く、経済的

の中で予防を考えるというのもおかしな議論であろう」とし〔同2004･94頁も参照〕、座談会2004･72頁〔小林発言〕も、「刑事政策的観点から無期が死刑になることはない」と明言する）。自由刑から死刑に及ぶ幅自体は観念できるとしても、隔離による再犯予防のためには、無期刑を言い渡し、再犯のおそれがなくならない限り仮釈放しなければよいのであるから、死刑は正当化されない。したがって、死刑を科しうるか否かは、犯行の重大性（責任）だけからしてすでに死刑相当か、言い換えると点の責任刑（幅の中心）が死刑相当かの判断が決定的ということになろう。なお、このように考えるとき、前科がなければ無期懲役相当の事案において前科の存在を理由に死刑とすることを認めるには（判例について、難波2007・45-46頁参照）、前科を特別予防だけではなく、行為責任に関係する事情として位置づけることが必要になってくることも指摘しておきたい。

144）異なった文脈だが、保安目的を自由剥奪の正当化根拠とすることそのものに批判的なのは、町野朔「保安処分問題の回顧と展望」「心神喪失者等医療観察法案と触法精神障害者の治療を受ける権利」同ほか編『触法精神障害者の処遇　増補版』（2006）217、238頁、山本輝之「精神医療と重大な犯罪行為を行った精神障害者」前掲『触法精神障害者の処遇　増補版』194頁。これに対して、安田拓人「医療観察法の解釈・運用に関する問題点と検討」季刊刑事弁護49号（2007）112-113、115頁も参照。

145）刑事収容施設及び被収容者等の処遇等に関する法律について、前掲第３章注43および62〔本誌９号15、20頁〕参照。

には割に合うものであるか微妙であるかもしれない。しかし、本稿がこれまで述べてきたところによれば、行為者に対する処罰の目的はすべて、広い意味での公益に属するものである[146]。「公共の福祉のための個人の犠牲には、それを償うものが伴わねばならないというのが今日の原則」[147]だとすれば、公益のために個人を処罰する国家が、受刑者を円滑に社会復帰させるために、最大限の努力をしなければならない[148]。そうだとすれば、経済的には割に合わないかもしれない再社会化思想ないし矯正処遇であっても、「それによってのみ、刑の執行の有害な作用に対抗することができるのであるから」[149]、あるいは、少なくとも何もせずに刑期を過ごさせるよりは望ましいという程度のことは言える以上[150]、放棄することは許されないのである。このように、行刑において再社会化目的を重視することと、量刑の加重根拠として、再社会化ではなく保安を考慮することは、全く矛盾しない。「自由刑がすでに他の理由によって存

146）すなわち、①一般予防のための犯罪法定の実効性の担保、②応報的処罰による被害法益の価値の公的確認、③とくに再犯の危険性のある被告人からの社会の保安である。①②は、中心的な刑罰目的として犯行（不法）の重大性に応じた処罰の原則を導き、③は、副次的な刑罰目的として、責任刑の幅の範囲内における加重的考慮を導く。

147）所1994・99頁。

148）Weigend 2004, S.191は、「国家が、責任応報、一般予防または住民の安全を理由に、つまり一般の利益のために犯罪者の自由を剥奪し、その者を周知のように様々な非社会化作用を生ずる執行施設に入れるならば、刑の執行の再犯促進作用をできる限り少なく保つ帰結を排除するという思想にしたがわなければならない」として国家の再社会化への努力義務を認めているが、これも同じ趣旨であろう。Vgl. auch Streng, a.a.O. Anm.（20），Rn.228.

149）Streng, a.a.O. Anm.（20），Rn.228. シューネマンの「さもなければ、刑の望ましくない影響が、もっとひどいものになってしまうであろう！」という記述（Schünemann 1987, S.216）も印象的である。松宮2006・11頁注13も参照。

150）Weigend 2004, S.187は、「最近の内外の研究は、『適切な』、つまり個人に適合された措置は、拘禁される犯人においても、単に拘禁期間を座して過ごした場合と比べて、控え目ながら測定可能な、相対的な犯罪予防効果を示している」と述べて、行刑における再社会化思想が否定されてはならないことを強調する。

在しなければならない場合……には、再社会化目的の考慮が要請」されるが、しかし、「再社会化の考慮を指示して、自由刑を正当化しようとすることは、挫折せざるをえない」[151]のである。

(3) 再犯予測の不確実性について

ところで、（あらゆる種類の）特別予防的考慮による刑の加重に対しては、その前提としての再犯予測が決して確実でないことを問題とする批判がある。特別予防の加重的考慮は許されないと解する学説の中には、刑事学において存在する再犯予測の手法がいずれも信頼に値するものではないということを、重要な論拠として挙げるものがある[152]。もっとも、ある者の将来的な行動予測を１つの理由として、その者の自由を剥奪することは、それ自体、原理的に否定されるものではないだろうし、すでに現行法上、精神保健福祉法（29条）、麻薬取締法（58条の８）、心神喪失者等医療観察法（42条）などにおいて断片的に認められている[153]。それらをすべて違憲不当だとするのでなければ、再犯予測が不確実だという批判は、手続的な側面を併せたものとして再理解されなければならないだろう。すなわち、再犯予測に基づいて自由剥奪を伴う不利益処分をなすには、できる限り予測の確度を上げるべく、専門家の手続関与を制度的に保障すべきであるが、――上記の諸法律の場合とは異なって――一般的な刑事裁判手続にはそれがない。そのような確実性の確保に向けた手続的努力すら前提としない予測によって、行為者の自由剥奪期間を延長することは、やはり正当化されない、といった具合にである。

たしかに、現在の刑事裁判で行われている再犯予測は、決して確実性の高いものではなく、また一般的には、確実性を高めるための手続が担保されている

151）Streng, a.a.O. Anm.（20）, Rn.228.

152）z.B. Hart-Hönig 1992, S.52ff.; Hörnle 1999, S.85f. Vgl. auch Schünemann 1987, S.218; Köhler AT, S.589. わが国ではとくに、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頁以下など。

153）もっとも、前掲注144の文献も参照。

ともいえない。量刑実務では、再犯予測に関して、「前科の内容や犯行の手口等から再犯のおそれがあると認められる場合と諸情状を総合しても再犯のおそれが認められない場合があるのは事実であって、……不確実性が残ることは、事柄が将来の予測にかかわることだけにある程度やむを得ない」[154]、再犯のおそれの認定資料としては、「同種前科の有無、程度……、起訴され認定し得る同種犯罪事実の有無、程度……、関係証拠から明らかに認定することができる同種余罪の有無、程度……また、それを補完するものとして生活状況や監督状況」があるが、予防的考慮に関する事情は、審理、判断しにくく、「それほど具体的に立証されるものではない」から、それには量刑事情のなかで「従たる地位」を与えるべき[155]などと述べられている[156]。わが国の現在の刑事裁判のあり方を前提とする場合、再犯予測の厳密性についてそれほど精密なイメージを持つことは難しいであろう。また立法論としても、一般的な刑事裁判におい

154）原田2004・209頁。

155）遠藤2005(3)・30-31頁。

156）これは、ドイツの刑事学において、いわゆる「直観的予測」と呼ばれる予測手法に属するものであろう。再犯予測の手法について、ドイツでは、①再犯に陥った者のグループとそれ以外のグループの比較によって得られた、再犯リスクに関連性があると認められる要素を、予測表（Prognosetafeln）に具体化し、それを用いて、行為者がどのグループに属しているかを判定する「統計的予測（statistische Prognose）」や、②心理学や精神医学の専門家が、当該個別事例の被告人に焦点を合わせて、その持てる専門的知見と経験を駆使して行う「臨床的予測（klinische Prognose）」という古典的な手法に加えて、最近では、③それらを予測の専門家ならぬ刑事実務家にもある程度取り扱えるようにした新たな手法も開発され、学説上有力化しているとされる（最近の概観として、B-D Meier, Kriminologie, 2.Aufl., 2005, S.185ff. 前掲第2章第4節2(2)アおよびそこに引用された文献も参照）。しかし、やはり裁判実務では、④予測の専門教育を受けたわけではない判断者（裁判官）が、再犯の蓋然性を感覚的に評価する「直観的予測（intuitive Prognose）」が相変わらず支配的である。そこでは、人間行動に関する日常的な理論および裁判官の職業的経験を基礎に、諸事情が総合的に考慮され、とくに行為者の前科、社会的環境、職業的態度などの事情が重視されるといわれる（B-D Meier, a.a.O. S.189; NK-Streng 2005, §46, Rn.39. 川崎1991・196頁も参照）。

て、行為者の人格的・環境的要因に関する、専門家の手による徹底的な判決前調査手続を、必要的なものとして導入することは、被告人および関係者のプライバシー、ならびに、それに伴う人的および物的な負担の増大という観点からして、甚だ疑問である[157]。そうだとすれば、少なくとも現在および近い将来において、再犯予測を量刑に役立てるにあたって、――裁判官に、最新の刑事学的な知見を把握する「努力義務」を負わせるべきだという程度のことは言えても――専門家の関与を日常的に要求することはできない[158]。それは、量刑者の常識的な判断に委ねざるをえないのである。

しかし、このように、「適法〔な生活の〕維持に関する十分信頼できる予測を立てるという、決して克服されえない任務は、依然として、あらゆる特別予防……の著しい弱点」[159]であることを認めざるをえないとしても、それをもって、再犯予測を加味した量刑を、およそ非科学的で受け入れがたいものと考えることには疑問がある。

第１に、ここでは――いわゆる責任を「単なる上限とした」量刑基準論とは異なって――「点の予防刑」を見出すこと[160]ははじめから問題になっていないことが肝要である。検討の対象となっているのは、犯行の重大性（行為責任）に応じた刑の幅の範囲内で修正を加えることの可否であって、それと「点の予防刑」の発見では、要求される経験的な正当化レベルに明らかな差があるように思われる。

第２に、犯罪という「社会的に有害な行為」の予測が問題になっている以上、

157）吉岡1996・278頁、Hörnle 1999, S.87f.など参照。

158）なお、ドイツの学説は、「直観的予測」には冷淡であり、また裁判実務が再犯予測ないし特別予防的考慮をするにあたり、経験的な行動科学の専門的知見を用いないことに批判的である（NK-Streng 2005, § 46, Rn.39ff.; B-D Meier 2006, S.187ff.; ders., a.a.O. Anm.（156）, S.189ff.）。

159）NK-Streng 2005, § 46, Rn.39. Vgl. auch B-D Meier 2005, S.771f.

160）そのようなことは、仮に専門家の有する経験科学的知見を総動員したとしても、ほとんど不可能であろう。

それが「確実」でないことは、被告人に最も有利な解釈を採用する決定的な論拠とはなりえないことに注意が必要である。たとえば、犯行の重大性（行為責任）からして最もふさわしい刑が懲役６年程度であり、許容されうる幅は懲役４年程度から８年程度であるという場合に、原則どおり懲役６年で臨むことにすれば、少なくとも被告人の利益が（不当に）害されるリスクはない。しかし、当然のことながら、それにより、釈放後の再犯によって新たな被害者が生じるリスクが生じる。もちろん、逆もしかり、すなわち上記の例で懲役８年とすれば、新たな被害者が生じるリスクを最小限に抑えることができるものの、被告人が不当に（再犯を犯すことはなかったはずなのに）拘禁され続けるリスクを負うことになるので、常に被告人に不利に判断すればよいというわけでもありえない[161]。要するにここで問題になっているのは、責任刑の幅の範囲内における「リスクの配分方法」にほかならないのであって、その配分率を、被告人の再犯のおそれ――それが必ずしも科学的に正確なものでなくとも――に応じて決めるというやり方は、相対的に合理性が高いように思われるのである。

(4) 幅の上回りについて[162]

私見によれば、責任刑の幅の中心あたりからスタートして、再犯リスクの程度が高い者については、当該犯行に対する処罰としての意味を持ちうる許容範囲の刑の上限までは、加重が一応可能である。これに対し、たとえばアルコールや薬物による心神耗弱の状態で犯罪を行った中毒者や、常習累犯者など、とくに重大な犯罪の再犯リスクが極端に高い場合を想定して、許容範囲を逸脱する、すなわち個別の犯行に対する処罰としての性格づけを意識的に放棄した量

161）非法律家から、「再犯のおそれが完全になくなるまで社会に出すな」という意見が出されることもある。しかしそれは、「社会の側はリスクを一切負担しない」方針によれということにほかならず、「罪もない人が傷つけられるかもしれないリスクに比べたら、犯罪者の利益など気にする必要はない」という偏った価値観にのみ支えられるものである。

162）議論状況について、前掲第２章第２節１(2)エも参照。

刑を、例外的に肯定できる[163]だろうか。

これを否定する圧倒的通説は、責任の程度を上回る刑罰の肯定は、「責任を超える刑を認めること自体が、自由主義的法治国家の原理を危うくする」[164]ことを論拠とするが、それだけでは、上回り肯定説を説得することは難しいかもしれない。上回り肯定説は――通説とは異なって――現行刑法における「刑罰」という制度が、個別行為責任主義にしたがって犯罪行為を罰するものであることを原則としつつも、例外的な局面では、犯人の危険性を直接の処罰根拠とする保安処分の性質をも併せ含んでいると解釈するものであり[165]、保安処分はおよそ違憲だというような立場をとらない限り、原理的には、それをただちには排斥できないはずだからである[166]。比較法的に異例に広い法定刑や「とうてい責任主義では説明できない」[167]ともいわれる累犯加重の制度（刑法56、57条）[168]、それらがいわゆる新派刑法学の強い思想的影響を受けているという歴史的背景[169]をふまえるならば、むしろ自然な解釈とすらいいうる。

しかし、現在の解釈論としてはやはり、責任刑の幅の上回りを肯定すべきではないだろう。そもそも責任刑の幅の中心あたりを出発点として、幅の「上半分」へと加重する場合ですら、比例原則や再犯予測の困難性にかんがみれば、例外的といえるのだから、そこからさらに加重することには、相当慎重になら

163）井田2001・37-38頁参照。

164）浅田2005・36頁。

165）井田2001・38頁。所1994・99頁-100頁も参照。

166）浅田1999・355頁は、「二元主義は（いずれにせよ自由剥奪の刑事制裁が科せられ、場合によっては保安処分の方が刑罰を科せられていた場合よりも長期に及ぶ）責任主義の崩壊を意味する」と述べて、保安処分制度それ自体に強く反対している。

167）井田2001・43頁注８。中野・総論234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）93頁注97、同2005・222-223頁も参照。

168）現行刑法上の累犯加重規定の歴史的沿革につき、難波2007・36-37頁およびそこに引用された文献を参照。

169）所1994・92頁以下、遠藤2005(2)・24頁以下、松永寛明「法定刑の歴史社会学」法律時報78巻４号（2006）92頁以下など参照。

なければならない。保安処分が原理的に排斥されるものではないとしても、それをめぐって行われた激しい議論の経緯にも配慮するならば、行為責任を前提としない制裁を、解釈論の形で現行刑法に紛れ込ませることには、かなりの「思い切り」が必要である[170)]。例外的な刑の加重の対象として想定されている行為者グループは、例外的な解釈を導入しなくても、責任刑の幅の上限付近のそれなりに重い刑を科されることになる以上、たとえば心神喪失者等医療観察法の対象者[171)]のような刑罰が全く科されない者とは異なって、再犯阻止のために行為責任を前提としない特別の制裁を用いなければならない必要性があるのか疑問である。また、本稿では、裁判官の常識的判断により行われる再犯予測を根拠とした刑の加重を容認しているが、それは、加重された刑も犯行の重大性（責任の重さ）からして許容されうる幅の範囲内であり、いわば行為責任と犯人の危険性が相俟ってその刑を正当化しうることが前提になっている。しかし、個別の犯罪行為に対する処罰としての性格づけを放棄する制裁は、もっぱら犯人の危険性に基づくものである以上、そこでの再犯予測には、専門家の関与などによって、より高い確実性を求める努力を行うことが、手続的に担保されるべきではないだろうか。そうだとすれば、やはり、現行刑法における「刑罰」が、狭義の刑罰のみならず保安処分的性格をも併有する制裁であることを正面から認める解釈論には与しがたいのであって、「真に保安処分制度が必要であるならば、それについて立法的手当を要求」[172)]するのが筋と思われる。したがって、ここで圧倒的通説に抗する必要はないと考える。

170）とりわけ最近では、心身喪失者等医療観察法の立法過程の議論において、保安処分との同質性をできる限り回避すべく、慎重に配慮された経緯も想起されてよい（それについては、中山研一『心神喪失者等医療観察法の性格』〔2005〕などを参照）。

171）心神喪失者等医療観察法の強制入院は、対象行為について、心神喪失または心神耗弱を理由に不起訴とされた者、心神喪失を理由に無罪判決を受けた者、および心神耗弱を理由に刑の減軽を受け、執行猶予とされた者（または実刑になったが執行刑期が残存しない者）を対象とする（同法42条、33条、２条３項参照）。

172）本庄1998(1)・89頁。

第３節　量刑における一般予防的考慮

１　導入[173)]

一般予防の観点を考慮して量刑を加重することの可否をめぐって、ドイツでは、容認論を基調とする判例・実務に、被告人を一般予防のための「手段」として扱うことの道徳的不正さ、刑の加重による一般予防効果に関する経験的知見の不十分さを指摘する批判的見解が対峙してきた。もっとも、近年では対立は相対化しているともいわれる。すなわち、一方でドイツの判例・通説は、一般予防のための刑の加重を無条件に許容するものではなく、有罪判決される犯行に「模倣の危険」があり、またはそれと同種または類似の犯罪行為が異常に「頻発」していることを加重の要件としており、わが国の実務家の量刑論にも、最近では、そのような限定的容認論への傾斜がみられる。他方で、一般予防のストレートな考慮による刑の加重は許されないとする学説も、特定態様での犯罪行為が頻発している場合、同種犯行に対する重大性の評価が重くなるから、刑の加重は行為責任の観点から正当化できるといういわば間接的な容認論を唱えている[174)]。そうすると問題になってくるのは、「一般予防的要素を刑を加重する方向で直接的に考慮することと、責任判断を介して間接的に考慮することの異同」[175)]であろう。その考察のためには、犯行態様の模倣性や同種犯行が頻発していることと犯行の重大性（すなわち不法[176)]）評価の間にいかなる関連性

173）従来の議論について、前掲第２章第２節１(2)ウも参照。

174）座談会2004・70頁（井田、岡上発言）、瀧川・前掲注133「量刑権力の説明責任」23頁注４などを参照。そのような見解は実務家の間でも有力のようである（遠藤2005(3)･28頁注244参照）。前述のアンケート調査では、「量刑に際して、『一般予防』効果を特に考慮していますか」との問いに対して、回答者42名中32名が、「間接的に考慮している」を選択している（伊東＝小島アンケート57頁。なお、「直接的に考慮している」を選択したのは10名）。

175）遠藤2005(3)・29頁。

176）この文脈で狭義の責任評価を持ち出すこと（井田2001・37頁など）が適切でないことについて、前掲第３章第３節３(4)イおよび安田拓人「コメント　水島和男『犯罪の社会的影響と量刑』について」判例タイムズ1206号（2006）46-47頁を参照。

があるのかを具体的に検討しなければならない。

２　犯行の不法評価を介した間接的考慮

(1) 基本的な考え方

出発点をなすのは、刑罰目的（の一翼）を担う一般予防目的が、犯行の不法評価に実質的基準（の少なくとも重要な一部）を提供するから[177]、その重さの評価にあたっては、法益侵害の程度や当該法益の価値[178]のみならず、当該の行為態様が実行された場合にそれが（完遂され、また結果発生にまで至るという意味で）成功する可能性や、そもそもそれが実行（着手）される可能性の大小をも考慮しなければならない[179]という認識である。すなわち、同等の法益侵害を目指すものであったとしても、手段・態様において、より成功しやすく、また実行しやすい（手を出しやすい）ものであるならば、事前抑止（一般予防）の見地からより強く禁止する必要性があるから、より重大な犯行（不法）と評価すべきである。そしてそれら（とくに「手の出しやすさ」）の評価に際しては、当該手段・態様が、特別な技能がなくても行いうるものであること、実行するために必要な道具等の入手が容易であること[180]、検挙のリスクが小さいこ

177）前掲第３章第４節２参照。

178）特定の犯罪が頻発するなどして注目を集め、その被害の実態が広く認識されることで、当該犯罪の保護法益の価値が過小評価されてきたことが反省された結果、当該犯罪の不法評価が従来よりも高められることはありえよう（最近における性犯罪や人身犯罪の量刑相場の一般的な上昇傾向の説明にあたっては、この観点が重要な意味をもつように思われる）。しかしここでは、法益の価値の評価そのものは従来と変わらない場合でも妥当しうる論理を探求する。

179）法定刑の重さの判断に関する文脈であるが、とくに、安田「法定刑の改正動向について」刑法雑誌46巻１号（2006）91-92頁を参照。

180）なお、亀井源太郎「刑事立法の時代と自動車運転過失致死傷罪」刑事法ジャーナル８号（2007）23頁は、自動車運転過失致死傷罪（刑法211条２項）の法定刑加重根拠につき、「自動車が、一般の国民にとって自ら用いる（＝運転する）ことが最も容易な『凶器（となりうるもの）』のひとつだとすれば、その利用について、とくに注意深い姿勢を要求することも、一定の合理性がある」とする。

と、現に多くの人に知れ渡っていることなど、様々な事情が考慮されうるのであり、また、これら事情の存否・程度は、時代・場所により可変的なものである。とすれば、ある手段・態様の犯行がある時代・場所において頻発していることが、上記諸事情をめぐる状況の変化を反映したものといえる限りで、その手段・態様による犯行について、不法評価の加重を基礎づけることができるように思われる。

一時期大流行したいわゆる「ピッキング」を手段とした侵入窃盗を例に挙げて説明すれば、次のようになる。この手口の流行の原因が、バールで錠をこじ開けるなどの方法と比べて隠密に開錠できること、インターネット等を通じて比較的容易に道具の入手ができたこと、ドア等の破壊を伴わないため被害の発覚が遅くなり検挙のリスクも少ないことといった犯罪手段としての「合理性」ないし「巧さ」に求められる限りで、上述の手段・態様の「成功可能性」「実行可能性」の観点において重い不法評価を与えることが可能である。それに対して、ピッキング防止法（特殊解錠用具の所持の禁止等に関する法律）をはじめとした法整備やピッキング対策錠の普及等によってその魅力が減殺されてきたというのであれば、「全盛期」よりは控え目な量刑に戻すべきである。最近であれば、「振り込め詐欺」について類似の説明が成り立つと思われる[181)]。

このように、一般予防（抑止）の必要性が不法評価の刑罰論的な基礎をなしていると考える限りで、同一の手段・態様であっても、時代・場所[182)]によっ

181）すなわち、その大流行が、電話・メール等で済むので通常の詐欺よりも容易かつ繰り返し実行でき、利得も莫大なものになりうる、（少なくとも少し前までは）名簿や他人・架空人名義の銀行口座の入手が比較的容易であった、身元を明かさなくて済むので検挙されにくいといった事情によるものであるといえれば（水島2006・33頁参照）、重い不法を基礎づけうるが、金融機関本人確認法（金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律）改正等の法整備やＡＴＭ振込額制限等の対策が十分に普及し、この手段の「魅力」が減殺されてくれば、不法加重の程度もそれに応じて抑えられるべきことになる。

182）量刑の地域的格差を一般予防的考慮から説明しうる場合の例として、遠藤2005（2）43-44頁（平成14年頃、大阪地裁管内で増加の一途を辿っていた「ひったくり」

て異なる不法評価が向けられるということは理論的に十分に首肯できる[183]。

(2) 間接的考慮の限界

一般予防の目的を、行為責任（犯行の不法）の評価を介して間接的に考慮することは、同種犯行の頻発や模倣性が問題になるあらゆる場合に許されるわけではない。不法の加重は、用いられた手段・手口に高度の「成功可能性」「実行可能性」が認められるがゆえに、それを抑止するために強い禁止が必要であるという基本的な考え方によって基礎づけられるのであるから、その観点による制約を受ける。いくつかのモデルケースの検討を通じて、そのことを明らか

の量刑について）参照。

183）これに対して、飯島・前掲注139「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」110-113頁は、基本的にケーラーらの応報刑論を支持する立場から、次のように論じる（前掲第2章第4節3(2)も参照。Vgl. auch Freund, a.a.O. Anm.（77）, S.534.）。応報の対象としての犯行（不法）は個別の法益侵害にとどまらない「規範の妥当性」に対する侵害であり、刑罰はその程度に応じるところ、同種犯行の頻発によって当該規範の効力が不安定になっている状況下では重い不法を認めうる。これについては、責任主義の下では、加重処罰の根拠たりうるのは行為者が答責的に惹き起こした規範不安定化のみであるから、そのような見地からの限定が必要とする見解もありうる（Vgl. Günther Jakobs, Staatliche Strafe : Bedeutung und Zweck, 2004, S.33-36）。しかし、そうすると当該行為者の犯行以降にその影響を受けて登場する潜在的犯罪者の量のみが不法の程度に影響することになるが、その量は予想することも測定することも困難であるから限定として機能しない。行為者が、規範が不安定化している状況を特に認識して（たとえば、同種犯行が頻発して警察力が分散している状況を見越して）犯行に出たのであれば、加重処罰は責任主義に反せず、許されるというべきである。

しかし、本稿は、この説明に疑問なしとしない。応報刑が「自己が生じさせた結果に対する反動」としての処罰を意味するものだとすれば、規範の不安定化を問題とするにしても、あくまで犯行により生じたそれに限られるはずである。これは行為と結果の因果性の問題であって、すでに存在する不安定な状況を「特に認識して」犯行に出たからといってクリアされないと考えられる。応報刑論による以上、ヤコブスの言うような限定は最低限必要であり、その結果、すでに同種犯行が頻発している状況における犯行の加重的処罰を念頭に置いている従来の実務・学説の関心からは外れることになるように思われる（なお、後掲注187も参照）。

にしていこう。

まず、たとえば薬物事犯や銃刀法違反の犯人が有名なスポーツ選手や芸能人等であった、事件の背景がドラマチックなものであり公衆の好奇心に訴えるものであった、たまたま同時期に報道価値の高いニュースがなかったというような、犯行それ自体とは直接関係しない事情から、その事件がマスメディアによって大々的に報道され、国民の多数が当該犯罪（その魅力[184]や薬物・銃砲刀剣類の入手可能性）についての情報を獲得し、模倣犯や追従犯のおそれが生じたという状況があったとしても、当該犯行の手段・態様にとくに見るべきものがないのであれば、加重された不法評価を向けることはできない。このような場合に加重処罰すべきでないとの結論には異論が少ないであろう[185]。もっとも、前述した犯行の「実行可能性」の評価にあたって、それが「広く知れ渡っていること」をも考慮しうるのだとすれば、犯人が有名人であることがきっかけとはいえ、現に広く知れ渡った以上、それに応じて抑止の必要性という見地からした不法評価は重くなるのではないかという疑問があるかもしれない。この疑問を解消して、上記結論について納得するためには、もう１段階の説明を加える必要がある。すなわち、当該犯行の「実行可能性」に着目した不法加重は、行為の事前抑止のためになされるものである以上[186]、その評価の基準時は、犯行の時点に固定しなければならない。上述の有名人の事例では、当該犯行が国民に広く知れ渡り、模倣・追従による「実行可能性」が高まったのは犯行後

184）有名人のキャラクターや犯罪の種類によっては、一定範囲の国民においてそのような犯罪に対する抵抗感が薄れるということも考えうる。

185）浅田2005・41頁、井田1996・299頁、同2001・37頁、水島2006・35頁（一般予防的考慮の余地はあるとしながら「やはり不当であろう」とする）参照。もっとも、前田ほか・司法研究36-37頁によれば、事件がマスコミに取り上げられるなどして地域社会に大きな影響を与えた場合について、一般国民の回答者は約７割が重くも軽くもしないと回答しているが（重くする・やや重くするとした回答は約３割）、裁判官は５割強がやや重くすると答えている。

186）前掲本稿第３章第４節２参照。

のことである[187]。言い換えれば、犯行時においてはまだその犯行は「実行可能性」のとくに高いものではなかったのであり、そのことが、不法評価の加重を否定する真の理由となっているわけである。

このような説明が成り立つとすれば、マスメディアの注目を集め、模倣のおそれが生じた原因が、犯人が有名人というような犯行と無関係な事情ではなく、犯行それ自体（手段･態様）に求められる場合であっても、それが単に「珍しい」から注目を集めたにすぎず、手口としてとくに「巧い」ないし「合理的な」ものとはいえないのであれば、一般予防（一般人における「実行可能性」）の見地からの不法加重を認めるべきではない。この場合も、「珍しい」犯行であるがゆえに注目され、マスメディアの報道等によりそれが国民に知れ渡ることになれば、（愉快犯を含む）模倣犯・追従犯の生じるおそれは高いとはいえる[188]。しかし、上述の有名人の事例と同じく、このおそれは犯行後に生じたものであり、犯行時点においてはまだ当該手口が知れ渡っていなかったのだから、加重された不法評価を向けることはできないのである。

以上に対して、犯罪手段としての「巧さ」「合理性」ゆえに、その犯罪の実行をもくろむ者によって選択されやすく、その意味で「実行可能性」が高いこ

187）この場合に問題となりうるのは、当該犯行に対する一般予防（抑止）とは別に、模倣犯・追従犯が生じるおそれを犯行による一種の（危険）結果と捉えて、応報の見地から結果不法の加重を認めることであろう（前掲注183のヤコブスの見解はそれに近い面もある）。しかし、共犯処罰（刑法60条以下）についてですら、通説によればその根拠は「他人に犯罪をさせたこと」自体ではなく個別の法益侵害（への間接的因果性）に求められるのに（因果的共犯論）、犯罪一般について、「他人が犯罪をするおそれ」を生じさせることがその不法の一端となすものと考えるのは実質論として妥当でない。したがって、かかる（危険）結果は、「構成要件（規範）の保護範囲」に属さないものとして（小池「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学７号〔平良木登規男教授退職記念号〕45頁以下、とくに84-85頁参照）、犯行の重大性評価の対象から除外すべきである（安田･前掲注176「コメント」47-48頁も参照）。

188）水島2006・33頁は、かつてのグリコ森永事件を例に挙げて、愉快犯等同種犯行の続発を防止するための一般予防的考慮は避けがたいとする。

とを理由に不法が重いと評価すべき場合には、結論を異にしうる。ある手段・態様の犯行について、それがまだ十分に（潜在的犯罪者集団を含む）国民の間で広く認知されていなかった時期において、その犯罪手段としての「巧さ」「合理性」に着目してそれを実行した者がいたとしよう[189]。検挙後に大々的に報道されたり、検挙までにかなりの時間を要したことから社会状況が変化するなどして、判決時には、すでにその手口が広く知られ、事件の件数も増加の一途を辿っていたとする。この場合、たしかに、「国民に広く知れ渡っていること」による実行可能性の高さは、犯行時においてはまだ認めることができない。しかし、上記の有名人事例や単に「珍しい」手口の事例とは異なって、犯罪手段としての「巧さ」「合理性」は、事後的に生じたものではなく、知られていなかったというだけで、犯行時においてすでに存在していたのである。したがって、かかる手口による犯行には、「実行可能性」の高さという観点から、それ相応に重い不法評価が与えられてよい。要するに、「巧い」「合理的な」犯行手段であることを理由とする不法加重にとっては、実際に同種犯行が頻発したり、模倣のおそれが生じるほど社会問題化したことはその１つの（重要な）認定資料にすぎず、したがってそれが犯行時に存在したことは本質的でないのである[190]。

なお、以上のように、当該犯行の手口の「成功可能性」「実行可能性」という観点を不法評価に反映させることで、一般予防目的を間接的に考慮できると

189）「ピッキング」や「振り込め詐欺」がまだ流行しないうちに先駆的に実行した者や、最近社会問題化している各種の商品偽装の犯人などをこのカテゴリーで論じうる。

190）なお、このような「実行可能性」の観点からの不法加重の説明を推し進めていけば、一定の犯罪を犯しやすい主観的属性を有するグループについて、当該属性を一種の「不法身分」と捉えて、その犯行の不法を加重評価するアプローチも考えうる。常習者、前科者に対する加重処罰、暴力団犯罪や来日外国人（水島2006・33-34頁参照）による犯罪の増加が問題となっているときの加重処罰などが問題になりえよう。もっとも、自らの努力で抜けられない主観的属性を理由に加重処罰するとすれば平等原則または（狭義の）責任主義に反するのではないかなど検討を要する問題も多々存在するので、結論は留保したい。

しても、それはあくまで不法評価の「一部」を担う事情にすぎないことに注意しておきたい。すなわち、行為不法の文脈でも、上記２点にとどまらず、当該行為が「成功した場合に生じうる法益の危殆化・侵害の程度」や「当該法益の一般的価値」が考慮され、また結果不法の評価においては、当該行為によって実際にどのような法益侵害が生じたのかが考慮されうる。それらの重大性を顧みずに、上記２点を過度に重視することが許されないのは当然であり、その意味で、この文脈における一般予防の間接的考慮が、犯行の重大性（行為責任）に応じた刑の幅を「１ランク程度」[191]押し上げるのは、相当顕著なものに限られると考えておくべきであろう。

３　責任刑の範囲内での直接的考慮の可否

さて、一般予防目的を、行為責任の評価を介して間接的に考慮することの内実が以上のようなものであるとすると、それと直接的考慮の違いも明らかとなる。すなわち、直接的考慮を容認する見解によるならば、上述の検討で不法加重が否定されたケースにおいても、責任刑の幅の範囲内においてであれば加重処罰をすることが可能となる。その可否は、刑法が、犯罪行為をその重大性に応じて処罰することによって事前的・間接的に一般予防目的を追求するのみならず、個々の科刑による事後的・直接的な予防を目指しており、そのための刑の修正を裁判所に要請しているのかという問題にほかならない。そして、特別予防の文脈でそれを肯定する以上、原理的には、一般予防についてもそれを否定する理由はないのかもしれない。少なくとも、被告人を一般予防のための「手段」として扱うことは道徳的に不正であり禁止されるという考慮は、ここで結論を左右するものではない[192]。しかしながら、上述のように、一般予

191）水島2006・29頁参照。

192）そもそも一般的にそのようなルールが妥当させうるか疑問だし、仮にその前提で考えるとしても、責任刑の幅の範囲内であれば特別予防による加重を許す通説の立場からすれば、一般予防だけが禁止されるいわれはないはずである。

防目的のうちのとくに重要な部分は、特別予防目的とは異なって、犯行の重大性（不法）の評価を介した間接的考慮によって追求されうるのであり、そこで考慮の対象から外された事情を、幅の範囲内とはいえここで再び登場させるまでの必要性があるかは疑問である。また、犯行の重大性（不法）の評価基準のような一般的ルールの設定による効果の追求が問題となる場面と比べて、当該科刑により直接的な効果を目指すという場合、経験的正当化に対する要求も相応に高くなると考えるべきであろうが、本稿が加重的に考慮される特別予防目的とした保安の効果と比較して、一般予防効果については、個々の科刑との合理的関連性の検証がきわめて困難である。このように、月並みではあるが、一般予防の直接的考慮による刑の修正の（とりわけ特別予防的考慮との比較における）必要性・合理性にかんがみるとき、やはり消極的な態度をとっておくことが妥当ではないだろうか。間接的考慮をなしうる範囲についての上述の検討と併せてかんがえれば、これは実務的にも十分とりうる選択肢であるように思われる[193]。

なお、実務家から、「量刑実務においては、具体的量刑としては、責任刑としての事情の考慮でかなり十分であり、それを加重する意味で一般予防的事情を考慮する必要が少ない事案であっても、判決書においては、刑罰の社会に対するメッセージ効果を意識して、例えば、『この種事案の性格上、一般予防の観点も無視することはできない。』というような記載をすることは、少なくない……。一般予防的要素を刑を加重する方向での量刑要素としてはならないとの見解からは、このような記載は違法なものとなるが、それは妥当なのであろうか」[194]との指摘がなされている。しかし、このような判示方法は、まさに当該犯行に対する不法評価の重さの内実に言及したものにすぎず、間接的容認論

193）前述のように水島2006・35頁は、有名人の事例で一般予防の必要性を考慮することを「不当」とするが、そのような限定は、間接的考慮への限定によってのみ図られうるように思われる。

194）遠藤2005(3)・28頁。

からも何ら不当視されるいわれがないように思われる（むしろ、犯行のいかなる「性格」を問題にして一般予防的な考慮を加えているのかを、より具体的に明らかにすることが望ましいとさえいえよう）。

第４節　小括

本章においては、大要以下のような議論を展開した。

第１に、量刑基準における犯行均衡性（責任相応性）と予防的考慮の関係をめぐる「幅の理論」について検討した。通説および量刑実務は、犯行の重大性（行為責任）に応じた刑は一定の幅を持つから、その範囲内では予防目的を考慮できるとしている。それに対しては、実質的に責任主義の潜脱であるという批判も根強い。たしかに、通説の前提とする「幅」はそれなりの広さをもったものと考えないと意味がないから、幅の理論は、予防目的のために、犯行（責任）に「最もふさわしい」刑から加重・軽減していることを認めなければならないが、それをもって、幅の理論が責任主義の潜脱だとするのは早計である。量刑における（個別行為）責任主義とは、刑罰が、その対象・根拠となった犯罪行為（個別行為責任）に対する処罰としての「性格づけ」を失うことを戒める考え方として捉えれば十分である。とすれば、「最もふさわしい」刑からそのような性格づけがなお保たれる「許容範囲」の刑を幅を考えることも許されてよいというべきである[195)]。もっとも、そのことが、量刑における予防的考慮をただちには正当化しないことにも注意を要する。通説が、いったん「幅」の存在を承認すれば、その範囲内における（とりわけ特別）予防の考慮は当然に許されると考えてきたとしたら、それは反省されなければならない。上述の「許容範囲」の存在は、個別行為責任主義に抵触することなく予防的考慮を行うことの消極的条件にすぎず、積極的根拠ではない。量刑における予防的考慮の可否は、現行刑法が、犯罪行為をその重大性に応じて処罰することによって中心的な刑罰目的を追求するほか、副次的な刑罰目的として個々の科刑による直接的予防を

195）以上について、前掲本章第１節１。

求めているのか否かの解釈問題であり、それについて明文規定は存在しない以上、各予防的考慮の実質的合理性の立ち入った検討が必要である。最近のアンケート調査などにより、責任刑の幅は従来考えられていたものよりも広めのものであることが認識されるに至っているが、そうだとすれば、責任刑の幅の上限による量刑規制には多くを期待できず、幅の内部でどのような判断をなすのかを厳密に検討する必要性がとくに高まっていることも指摘できる[196)]。

第２に、量刑における特別予防的考慮およびその周辺問題について検討した。

争いが少ないのが、「非社会化の回避」のための刑の軽減を認めることである。刑罰は、職業などの社会的関係の喪失、刑務所内における犯罪性の伝染などに結びつくことで、行為者の社会復帰を著しく困難にすることがあるが、そのような有害な作用を考慮した刑の軽減を正面から否定する見解は、現在ではごく少数である。

ただ、それをめぐって理論的問題がないわけではない。まず、そのような軽減を、行為者の人格・環境に応じて個別的に行うべきか、それとも、「刑罰はあらゆる者を非社会化しうる」ということを前提に一般的（一律）に行うべきかが、一部の論者により問題とされているが、通説的な理解にしたがい前者をとるべきである。「社会的に十分に適合してきた者」「良好な予後が予測される者」は、刑罰の有害な作用をまともに受けるから、そうでない者に比べて相対的に非社会化リスクが大きいことは否定しがたいからである[197)]。

次に、量刑個別化の理論的な位置づけとして、特別「予防」に必ずしも還元されない観点を考慮できないかが問題である。１つの候補として、ドイツの学説は、責任相当刑の導出にあたって、行為者が刑の苦痛をどの程度「感じやすい」か（「刑罰感痛性」）を考慮するものが多い。これを援用して、行為者の人格的・環境的な事情（たとえば初犯であり、受刑がとくに辛いこと）をその文脈

196）以上について、前掲本章第１節２。
197）以上について、前掲本章第２節１(1)。

で考慮することも考えうる。しかし、刑の重さを行為者の主観的感覚に依存させるのは「階級司法」とも呼ばれる問題があることから、通説は、刑罰感痛性の考慮を例外的な場合に制限しており、それを通常の事例における刑の個別化要因とするのは無理である。理論的にも、刑罰の発するメッセージが基本的に社会一般に向けられていると解する刑罰理論（一般予防論、応報刑論、犯行均衡説など）による限り、その重さは客観的基準によって測られなければならない[198]。

そこで次の候補として、刑の「代替的害悪」の観点がある。刑罰は、犯罪者に対し、犯行に対する非難（マイナスの価値判断）の込められた害悪を付科する制裁であるところ、「マイナスの価値判断の伝達」と「害悪の付科」という機能の一方または双方において刑罰に相当するだけの反作用がすでに加えられている（または加えられることが見込まれる）場合には、その程度に応じて、量刑を割り引いてよい。その基本思想を法定化したのが未決勾留日数の算入制度（刑法21条）であり、狭義の量刑における典型事例としては、引責辞任や懲戒解雇による失職のようないわゆる「社会的制裁」が挙げられる。そしてそのようなカテゴリーが認められるとすれば、刑罰の様々な有害な作用によって、それまで社会に適合してきた者の社会復帰が困難になるという事情（「非社会化リスク」）も、その延長線上に位置づけ、刑の「代替的害悪」として考慮してよい。犯行の重大性（行為責任）に最もふさわしい刑を出発点として、非社会化による特別「予防」的なマイナス効果のほか、それに結びつくかが必ずしも明らかでなくとも、行為者の社会復帰を困難にすることが見込まれる事情であれば、刑の「代替的害悪」の一環として考慮し、刑の軽減に役立ててよいと考える[199]。そして、そのことは、行為者の社会適合性がきわめて高く、幅の下限の刑を科すこととしても非社会化リスクがなお深刻であるような場合には、犯行の重大性（責任の重さ）に応じた刑の幅を下回る量刑（すなわち、個別の犯罪

198）以上について、前掲本章第２節１(2)ア。
199）以上について、前掲本章第２節１(2)イ。

行為に対する処罰としての性格づけを失ってしまうような軽い刑）に至ることを例外的に許容する理由となる。なぜなら、「代替的害悪」の考慮による軽減は、すでに刑の一部が実質的に執行されているという評価を前提にするものである以上、「副次的目的」としての特別予防による軽減とは異なって、責任刑の幅の下限による制約がないからである。ただその場合、判決理由で、犯行の重大性（行為責任）からして本来であればどの程度の幅の刑が相当であり、いかなる具体的考慮によって大幅な軽減に踏み切ったのかを説明すべきである。さもないと、「裁判所は、これほどの犯罪が、これだけの刑にしか見合わないと考えているのか」という一般の誤解を招くからである[200)]。

以上に対して、行為者がすでに社会から逸脱している度合いが大きく、犯行にふさわしい刑を科すことによる非社会化リスクがほとんど認識できないばかりか、とりわけ重大犯罪の再犯のおそれに対処するため科刑の必要性が高い場合には、特別予防的考慮による刑の上方修正が問題となる[201)]。幅の理論を前提とする実務・通説は、前述のように特別予防の加重的考慮を認めるものであるが、その場合の特別予防の内容としては、行為者への働きかけ、とりわけ教育的処遇による再社会化（改善更生）を念頭に置く。特別威嚇は、改善のためには拘禁までは必要ないという消極的なニュアンスで言われることが多く、保安的考慮は少なくとも表面的には敬遠されている。しかし、犯罪傾向の進んでいる行為者について、「長期間矯正施設に収容して、徹底的な矯正処遇を加えることで、再社会化（改善）する」ことを目指して刑を加重することは、あまり合理的な営みとはいえない。今日一般的に認められているように、収容施設における処遇は、その長さに比例して行為者を再社会化するというようなものではない。もちろん矯正処遇にまったく効果がないなどということはできないが、それに成功の見込みがあるのは、行為者の特性に合わせて個別化された処遇プログラムが提供される場合に限られる。とすると、量刑加重が合理的であ

200）以上について、前掲本章第２節１(3)。
201）以上について、前掲本章第２節２(1)。

るためには、裁判所が具体的な処遇プログラム（およびその見込み期間）について検討したうえで行うことが必要になってくるが、そのようなことは刑事裁判の場ではほとんど現実的でない。このように、行為者の再社会化（改善更生）は、それ自体としては望ましい目標であるとしても、そのための量刑加重を正当化できるポテンシャルを持つとはいえないのである[202]。

特別予防的考慮によって刑を加重することを合理的に正当化しようとすれば、その内容は保安的考慮に求めるしかない。保安目的は、再社会化（改善）の見込みがない場合にのみ登場すると説明されることもあるが、むしろ、もともとそれが加重を根拠づけていたというべきである。保安目的は、刑罰（自由刑）の本質的内容である自由の剥奪によって、直接的かつほぼ確実に追求できるし、また、裁判段階で、具体的な処遇プログラム（やその見込み期間）などを検討する必要はないから、「再犯のおそれが強ければ重いほうに」という比較的シンプルな判断をしている量刑実務とも整合的である（もっとも、この考慮による加重の上限は性質上無期懲役にとどまり、「無期懲役から死刑に及ぶ幅の中で、保安目的を考慮して死刑にする」というようなことがあってはならない）。これに対して、「犯罪者の社会復帰のための処遇の努力を無用ならしめるものだ」という批判があるとしたら、それは誤解である。犯罪者を、（保安を含む）公益的な目的のために処罰するのであれば、国家は、それを補う意味で、円滑な社会復帰のために最大限努力しなければならない。そのための手段としての矯正処遇は、何もせずにただ刑期を過ごさせることに比べればずっと望ましいものである以上、放棄することが許されない。このように、加重的に考慮される特別予防目的の内容を保安と解することと、その加重された刑期の中で、再社会化（改善）思想に導かれた矯正処遇を推進することは、まったく両立するのである[203]。

ところで、あらゆる特別予防目的の量刑上の考慮に際しては、再犯予測の不

202）以上について、前掲本章第２節２(2)ア。
203）以上について、前掲本章第２節２(2)イ。

確実性という問題がネックになる。再犯予測をめぐる刑事学的知見は、ただでさえそれほど確立されたものではないが、裁判実務ではそれすら最大限には利用されておらず、予測は、通常手続によって取得可能な情報をベースとした常識的判断に委ねられている。通常の刑事裁判において、再犯予測のための情状鑑定を必要的なものとしたり、そのための判決前調査手続を導入することには、関係者のプライバシーや人的・物的な負担を考えると疑問が多く、近い将来、予測の信頼性が飛躍的に高まることはないという前提で議論を進めざるをえない。もっとも、それをもって、量刑における特別予防的考慮を、およそ非科学的で受け入れがたいものと考えるべきではない。ここで問題となっているのは、特別予防的考慮に基づいて刑を修正することであって、特別予防的に最も効果的な「点の予防刑」を見出すことではないからである。したがって、要求される経験的な正当化レベルも相応のもので足りる。また、特別予防（保安）的考慮による加重はもともと、「拘禁しておかないと確実に再犯に出る」という確実な予測を前提とするものではなく、行為者と社会へのリスクの配分方法の問題である。犯行の重大性（行為責任）に最もふさわしい刑と、その観点からして許容される刑の間で、その配分率を、被告人の再犯リスクの程度に応じて決めるという選択にも合理性が認められるのである[204]。

一部の学説は、アルコールや薬物による心神耗弱の状態で犯罪を行った中毒者や、常習累犯者などを念頭に、重大犯罪の再犯のおそれが極端に高い場合には、責任刑の幅の上回りを例外的に肯定しようとする。保安処分（二元主義）がおよそ違憲だというような立場をとらない限り、原理的には、それをただちには排斥できないが、少なくとも現在の解釈論としては、幅の上回りは例外なく否定されるべきである。例外的な加重の対象とされる者は、責任無能力者のような刑がまったく科されない者と比べれば、特別の制裁を用いなければならない必要性は格段に低い。だとすれば、責任を前提としない制裁を、解釈論の形で現行刑法に紛れ込ませるような思い切った解釈に踏み込まなければならな

204）以上について、前掲本章第２節２(3)。

いのかは甚だ疑問である。また、個別の犯罪行為に対する処罰としての性格づけをはっきりと放棄した制裁は、専ら犯人の危険性に基づくものである以上、経験的な正当化レベルは、「幅の中での加重」の場合よりもずっと高いものになるべきことも、忘れてはならない[205)]。

第３に、量刑における一般予防的考慮について検討した。

最近の議論では、この考慮を直接的に行うか、犯行の重大性（行為責任）の評価を介して間接的に行うにとどめるかが問題とされているが、その異同を明らかにするために、間接的考慮がどのような基本的考え方に基づいており、それが具体的にいかなる範囲で認められるのかを明らかにしなければならない[206)]。本稿の理解では、一般予防目的は刑罰目的（の一翼）を担っており、それが犯行（不法）の重大性の評価に実質的基準（の一部）を提供するから、不法評価にあたっては、法益侵害の程度や法益の価値のみならず、当該犯行の手段・態様に高度の「成功可能性」「実行可能性」が見込まれるがゆえに事前抑止のための禁止の必要性が大きいことをも考慮しなければならない。その評価に際しては、当該手段・態様が、特別な技能がなくても行いうる、必要な道具等の入手が容易である、検挙のリスクが小さい、多くの人に知れ渡っているといった、時代・場所によって可変的な様々な事情が考慮されるので、一定の手段・態様の犯行の頻発が、当該手口をめぐる上記諸事情の変化によるものといえる限りで、不法加重を基礎づけうる。いわゆる「ピッキング」や「振り込め詐欺」についての不法加重は、このような見地から説明できるものである[207)]。そして上述の趣旨からすれば、「成功可能性」「実行可能性」の評価の基準時は、犯行の時点に固定されなければならない。しがって、当該事件の手段・態様が国民に広く知れ渡り実行可能性が高まったことが、犯人が有名人である、ドラマチックな背景事情がある、犯行の手口として（「巧い」わけではなくて）単に「珍

205）以上について、前掲本章第２節２(4)。
206）以上について、前掲本章第３節１。
207）以上について、前掲本章第３節２(1)。

しい」ものであるといった事情に起因しているときは、その事件の犯行時における加重された不評評価を向けることはできない。これに対して、犯罪手段としての「巧さ」「合理性」ゆえに「実行可能性」が高く不法が重いと評価すべき場合、それを事後的な同種犯行の頻発・流行により認定することは妨げられない。この場合、有名人事例や「珍しい」手口の事例とは異なって、不法加重を基礎づける事情そのものは、（知られていなかったというだけで）犯行時においてすでに存在していたからである。このように、手口の巧妙さや模倣性、同種犯行の頻発から認定される「成功可能性」「実行可能性」が顕著である場合には、犯行の不法評価の一部をなすものとして相応に考慮され、犯行の重大性（行為責任）に応じた刑の幅を１ランク程度押し上げることが可能である[208]。

一般予防目的の直接的考慮を容認する見解によれば、上述の検討で不法加重が否定されたケースでも、責任刑の幅の範囲内であれば加重処罰できることになるが、それには考慮の必要性・合理性の見地から消極的な態度をとるべきである。一般予防目的のうちのとくに重要な部分は、特別予防目的とは異なって、犯行の重大性（不法）の評価を介した間接的考慮によって追求されうるのであり、そこで排除された事情を、ここで再び登場させる必要性があるかは疑問であるし、また、経験的正当化（刑の加重と効果追求との合理的関連性の検証）においても、特別予防よりも格段に低レベルのものしか期待できないからである。なお、だからと言って、判決において、「この種事案の性格上、一般予防の観点も無視することはできない」というような記載をすることが許されないことになってしまうわけではない。それはまさに当該犯行に重い行為責任（不法）の評価を下したことの実質的根拠を明らかにするものにすぎず、何ら不当視されるものではないからである[209]。

208）以上について、前掲本章第３節２(2)。
209）以上について、前掲本章第３節３。

第５章　おわりに

本稿では、旧稿[210]に引き続いて、犯罪行為および行為者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び出し、また適切に評価するために依拠されるべき一般的枠組み（量刑基準）の構築に向けて、「量刑における責任と予防」をめぐって展開されている刑罰理論・量刑理論をベースに、犯罪論の現代的動向にも目を配りながら、考察を重ねてきた。私見の内容については、第３章および第４章末尾の「小括」に要約したので、ここで繰り返す必要はないであろう。

従来の量刑実務の問題点の中心が、具体的な量刑事情を考慮する／しないことの実質的根拠およびその体系的位置づけをめぐる「説明の貧弱さ」にあると考える者は少なくない（筆者もその一人である）。とりわけ裁判員制度の実施を控えて、刑事裁判に携わる者が、相応の一般性・抽象性と具体的な事情評価への応用可能性を持った量刑理論の体系を共有しておくことの重要性が高まっている[211]。本稿を含む筆者の一連の研究も、それを提供することを（究極の）目標としている。多くの問題へのアプローチにあたってドイツの学説を参照してはいるが、結論を引き出すにあたっては、わが国の量刑において妥当しうる実質的な価値判断に依拠し、それを率直に示すことを意識したつもりである。刑罰理論・犯罪論における根本的対立の存する諸問題についての検討がいかにも拙速かつ中途半端であるとの謗りは免れないが、それを土台とする量刑基準モ

210）小池「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。

211）「国民の正義感覚」「社会の健全な常識」「事案の妥当な処理」といった、観念的・抽象的に過ぎる基準を示されても、裁判員としては判断不能（または法的正当性を無視した要望を言えるだけ）で、実りある量刑評議は不可能である。逆に、「この種事案では、従来の実務ではこのような事情を重視して、この程度の刑にしています」という具体的結論を示されれば、裁判員は「そういうものですか」と言って従う（または人によっては感情的に反発する）ことになって、やはり評議は機能しないだろう。

デル全体との関係で、妥当性を評価していただければ幸いである。

もとより本稿は、量刑基準を構成するすべてのカテゴリーについて検討できているわけではないし、検討対象としたカテゴリーに属する量刑事情で触れられなかったものも多い。それらの検討、とりわけ、個々の量刑事情にスポットを当てて、その体系的・理論的意義、考慮できる要件およびその程度を明らかにすることが[212]、今回意識的に検討対象から除外した問題領域[213]と併せて、筆者の今後の課題となるであろう。そのことを確認して、本稿を終えることとしたい。

〔2008年１月14日脱稿〕

212）１つの試みとして、小池・前掲注187「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」19頁以下。

213）本稿第１章第２節参照。