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

Title	量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(一) : 西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として
Sub Title	Über die verschuldeten Auswirkungen der Tat als Strafzumessungstatsachen (1) : unter besonderer Berücksichtigung der Auseinandersetzungen in der BRD
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.10 (1982. 10) ,p.67- 98
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19821028-0067

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.

量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（一）

——西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として——

井田　良

Für die Erkenntnis gibt es keine endgültigen Ziele, sondern der Fortschritt der Erkenntnis ist nichts als eine Differenzierung der Fragestellungen.
Hermann Hesse

一　はじめに
二　問題の所在
(一)　量刑事情の法的性格について
(1)　原則的（加重）事例（Regelbiespeile）と量刑事情
(2)　量刑過程の理論的分析と量刑事情
(3)　量刑原則としての責任主義と量刑事情に関する錯誤
(二)　量刑事情の範囲について
(1)　量刑事情の範囲を画定することの意義
(2)　量刑判断の対象としての「行為」
(3)　量刑判断の対象と量刑事情の関係
——非構成要件的事情の量刑における意味——
(三)　小　括……以上第一回
三　量刑事情の錯誤に関する西ドイツの学説と判例
(一)　学説の批判的検討

㈢ 西ドイツの判例に現われた諸事例……以上第二回
四　非構成要件的事情の帰責根拠に関する諸見解の検討
㈠ 問題の所在――再論――
㈡ 犯罪競合による解決
㈢ 構成要件あるいは行為概念による量刑事情の限定
㈣ 「危険状態」そのものを量刑事情とする立場
㈤ 刑罰のObとWieの区別――量刑にのみ妥当する帰責原理に依拠する解決……以上第三回
五　問題解決の試み
㈠ 構成要件的事情（＝不法関係事実）とその錯誤
㈡ 非構成要件的事情とその主観的帰責要件
六　総　括……以上第四回・完

一　はじめに

量刑は、久しい間、刑法理論にとつての「継子」と言われ、[1]その理論的分析は「犯罪論がフォイエルバッハの時代にあつた段階にある」と評された。[2]しかしながら、西ドイツについて見る限り、こうした状況は克服されたと言つても過言ではない。[3]連邦裁判所の数多くの判例と学説による掘り下げた研究は、この分野を独立の学問領域にまで発展させた。[4]

その契機となつたのは、なかんずく、量刑不当を理由とする上告がどの範囲で許されるかの問題であつた。上告は「法律違反」を要件とするので（西ドイツ刑訴法三三七条）、量刑が、どこまで「法律の適用」（同条二項参照）の問題なのか、どの程度、事実審裁判官の「裁量」に委ねられるのかが中心的な論点となる。こうした問題の解決が、量刑の方法論的性格や量刑の基準・判断の枠組みなどに関する基礎的な考察を前提とすることは言うまでもないことである。[5]

さて、西ドイツにおける量刑研究の現況を一瞥して印象的なことは、何よりも、関心の重点が基本的・原則的な問題点に過度に集中することなく、基礎理論のレベルから個別具体的な解釈問題に至るまで片寄りのない分析が加えられていることであろう。[6]翻つて、わが国について見ると、量刑の理論的分析は、――量刑の実務の上での重要性にもかかわらず――ほとんど未開拓の研究分野にとどまつていると言つて良いように思われる。量刑は刑罰理論・刑事責任論の縮図であり、[7]基礎理

論を帰納しあるいは検証するのに格好な素材は、ここに極めて多く見出される。それにもかかわらず、一定の事情が刑の量定においてどのような意味を持つのかについての個別具体的な問題が、量刑の基礎理論との関係で詳細に議論されるようなことは、これまで、ほとんど無かつたのである。例えば、行為者の自白、被害者に対する損害賠償などの犯罪後の事情や前科・前歴など行為に先行する事情が――（行為）責任主義を標榜する刑法の下で――刑量に如何なる影響を与えるのか、と言つた問題に対して理論的な解答を提供することができなければ、刑罰理論はその存在意義を疑われても止むを得ない。経験的知識の不足が刑罰理論のネックとなつていることは否定できないにせよ、[8] この分野においてドグマーティッシュな分析を待つ問題は、なお決して少なくないと思われるのである。

本稿は、罪刑法定主義・(行為)責任主義を原則とする刑法において、どの範囲の量刑事情が、如何なる理由で、刑量に影響を持ち得るかの問題を取り扱うものである。量刑事情の画定は、量刑の合理化にとつて決定的な意味を持つている。[9] シュペンデルが量刑研究の重要な課題の一つに挙げたのも、まさにこの問題に他ならない。[10] しかし、このような小論によつて、到底、多岐にわたるこの問題の全体をカバーし得るものでないことは、むしろ自明のことというべきであろう。そこで、以下においては、まず、問題の所在を見極め、本研究の対象とする問題領域を限定することにしたい。

(1) 例えば、*Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S.840.

(2) *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 240.

(3) *Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 659; *Zipf* in : Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1978, S.411 (=ders. Die Strafzumessung, 1977, S.3); *Dreher*, Rationalere Strafzumessung?, in : Pönometrie-Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung, Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung Heft 3, 1977, S. 38; *G. Hirsch*, Leipziger Kommentar (LK), 10. Aufl., 1979, § 46 Rn. 1 (a. E.); *Bruns*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980, S. 14 ff. 量刑研究の現状についての、簡潔ながら、次静な分析として、*Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 100 ff.

(4) 特に、ブルンスによる、「量刑法」と題する浩瀚な体系書（*Bruns*, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl., 1974, 752 S.）の

存在が、この事実を雄弁に物語っている。また、最近の教科書において（注3に掲げた二つの教科書のほか、例えば、*Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978）、量刑につき如何に詳細な説明が加えられているかを見られたい。

(5) とりわけ、*Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969 ; *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971 ; *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 645 ff. を参照。

(6) もっとも、ラックナーは、量刑の分野における「理論」の過剰および学説と実務の乖離を指摘している（*Lackner*, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978, S.5 ff）。この評価に好意的なのは、*Schreiber*, Strafzumessungsrecht（Literaturübersicht), NStZ 1981, S. 338.

(7) 団藤・刑法綱要（総論）改訂版〔一九七九年〕五〇七頁参照。

(8) この点につき、特に、ミューラー＝ディーツ（宮澤監修・井田訳）「プロセスとしての刑罰」法学研究五三巻七号〔一九八〇年〕一〇六頁以下参照。その他、最新の包括的論述として、*Hassemer*（前出注3）S. 259 ff. が注目される。

(9) Vgl. *Henkel*, Die "richtige" Strafe, 1969, S.36 ff.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege ?, 1978, S. 38 f.

(10) *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß（前出注2）S. 200. また、*Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S.51 も参照。

二　問題の所在

(一)　量刑事情の法的性格について

西ドイツ刑法典の四六条二項は、次のように定めている。(11)

第四六条　**量刑の基本原則**　(2)量刑にあたって、裁判所は、行為者に有利な事情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、

行為者の動機及び目的、

行為にあらわれた心情及び行為にあたって働かせた意思、

義務違反の程度、

実行の態様及び行為から生じた、責めに帰すべき諸結果、
行為者の前歴、その一身的及び経済的な状態、並びに
行為者の犯行後の態度、特に損害を回復するための努力
である。

同様に、わが国の改正刑法草案も、刑の適用の一般基準を定める四八条の二項において、「刑の適用にあたつては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、……」と規定している。

しかしながら、このような刑量に影響を与える諸事情の「法的性格」は、必ずしも明らかではない。それは、違法要素あるいは責任要素として、行為の違法性の程度または責任の程度を左右するのであろうか。それとも、それ以外の理由で刑罰の量を規定するのか。

量刑事情の法的性格の解明は、量刑事情の範囲画定のための不可欠の前提作業である。何故なら、当該事情が如何なる理由で刑量に影響を及ぼし得るのかが明らかにされなければ、そのような理由で刑量に影響を与えることの当否もまた問題にされ得ないからである。さらに、様々な量刑事情が刑量の決定にあたつて全て同等の重要性を有するものとは考えられない以上、量刑事情の法的な性格づけ如何は、量刑の過程において個々の事情が有する重要性の序列関係を明らかにすることに決定的な意味を持つように思われる。また、後述するように、量刑事情の法的性格の解明は、量刑事情に関して生じ得る理論的問題、とりわけ錯誤の問題の解決にとつての前提となると言つて良い。

(11) 訳出にあたつては、宮澤訳・ドイツ刑法典・法務資料四三九号(一九八二年)を参照した。

(1) 原則的（加重）事例（Regelbeispiele）と量刑事情

西ドイツでは、いわゆる「原則的（加重）事例」の法的性格をめぐる議論において、量刑事情の法的性格も併せて検討されている。ここでは、必要な限りで論点を指摘するにとどめよう。

原則的（加重）事例とは、加重構成要件に類似した諸事例であり、西ドイツ刑法典の各則において多用されている。[12] 例えば、窃盗罪に関する二四三条は、次のように規定している。[13]

第二四三条　**窃盗の特に重い場合**　(1)特に重い事例においては、窃盗は三月以上一〇年以下の自由刑に処する。次の場合には、原則として、特に重い事例が存する。行為者が、

一　その行為を実行するために、建物、住居、仕事場若しくは営業所、若しくはその他の閉鎖された場所に侵入し、忍び込み、合鍵若しくはその他の正規に錠を開くのに予定されていない器具を使用して押し入り、又は右の場所にひそみ隠れていたとき、

二　閉じられた容器又はその他の安全装置により奪取に対して特に保護されている物を窃取したとき、

三　職業的に窃取したとき、

（四号以下省略）

(2)行為が些細な価値の物に関するときは、特に重い事例は存しない。

このような原則的（加重）事例に該当する場合、原則として加重刑が科せられるが（原則的加重事例の推定作用）、例外的に特別の減軽事情が存するときには通常の刑が科され得るし、加重刑を科し得るのは列挙された場合に限られず、不法・責任内容において原則的（加重）事例と同視すべき特別の事情が存する場合にも加重処罰は可能である。こうした、いわば「例示列挙法」の多用により、ドイツ刑法典は、カズイスティクの持つ難点を除くとともに（特に、一九六九年の第一次刑法改正法によって改正される以前の窃盗罪に関する旧諸規定は、理由のない処断刑の差異を生じさせ、カズイスティクの持つ問題性を痛感させたのである）[14]、裁判官に一定の量刑上の指針を与えることで法的安定性を確保しようとしているのである。[15]

通説は、この原則的（加重）事例を、構成要件ではなく、量刑事由に過ぎないと理解している。[16] 従つて、原則的（加重）事例を例示列挙と解して、これに該当しない場合にも加重刑を科し得ることを認めたとしても、類推による処罰を肯定したことにならない。反対説（構成要件要素説）のように、原則的（加重）事例の列挙を限定的なものと解して、これ以外に加重処罰を認めないことは、[17] 明らかに原則的（加重）事例の存在理由に背馳するというのである。こうした通説の見解によれば、構成要件要素と量刑事情との区別は、立法者が、罪刑法定主義の原則の支配の下で、一定の刑罰の前提として終局的・限定的に記述した事情であるのか（構成要件要素）、あるいは、裁判官が法律上の記述に拘束されることなく広く考慮し得る事情であるのか（量刑事情）の点に存する（また、原則的加重事例の場合には、立法者により例示的に重い事情が明記されているとしても、そのことは、原則的加重事例を量刑事情と解することを妨げない）。[18] このような区別は、便宜的な区別のようにも思われるが、実は刑量の決定における立法者と裁判官の役割分担に対応するものなのである。すなわち、立法者が、特に法定刑の形成（広い意味での量刑、あるいは刑量決定の第一段階と呼ぶこともできる）[19] にあたつて考慮に入れた類型的事情が構成要件要素であり、裁判官が法定刑・処断刑の範囲内で具体的な刑量を定めるために法律に拘束されることなく考慮することを許された具体的事情が量刑事情だと言うことになる。[20] その意味で、構成要件は「あらかじめ考慮されている量刑事情」であり、[21] 裁判官による（狭義の）量刑にあたつて構成要件要素を重ねて考慮することが禁止されるのも（二重評価禁止Doppelverwertungsverbot の原則〔西ドイツ刑法四六条三項〕）、まさに、それが、立法者による（広義の）量刑（＝法定刑の確定）においてすでに一度考慮されている事情に他ならないからなのである。[22]

さて、たしかに、このような原則的（加重）事例の法的性格をめぐる論争がもたらした知見は有益なものであつたが、しかし、われわれの当面の課題にとつては重要なものとは言えない。それは、カリエスの指摘するように、右のような分析が形式的あるいは「機能的」な観点からのもので、実質的内容のある基準を提供するものでなく、[23] ドグマーティシュな諸問題を解

決するのには無力だからである。このことは、錯誤、実行の着手時期、共犯、罪数などに関する総則規定が原則的（加重）事例にも適用されるかという解釈論上の問題に対し、通説が、特段の理論的根拠を示すことなく、原則的（加重）事例の加重構成要件との「類似性」を理由にこれを肯定し、これらの諸問題との関係では原則的（加重）事例を加重構成要件と同様に取り扱うという態度に出ていることからも窺われよう。[24] アルツトが、「それほど重要な問題とは思われない」として、原則的（加重）事例の法的性格をめぐる論争の意義を疑うのも、[25] 決して理由のないことではない。われわれとしては、むしろ、「犯罪」として一括される刑罰の前提要件と刑罰との間にはどのような関係があるのかという原理的な刑罰理論上の問題を踏まえながら、量刑事情は量刑において如何なる意味を持つのか、それは如何なる理由によつて刑量に影響を及ぼすのか、そして「不法」「責任」と言つた犯罪諸要素と量刑事情との関係はどのようなものかの諸点を検討しなければならないのである。ただ、以下においては、考察の対象を、原則的（加重）事例とは一応区別される一般的な量刑事情（Strafzumessungstatsachen）、すなわち、法定刑・処断刑の範囲内で具体的な刑量を定めるために裁判官により考慮されるべき具体的な事情[26]に限定したいと考える。それは、西ドイツ刑法四六条二項やわが国の改正刑法草案四八条二項の規定する諸事情に他ならない。

(12) 例えば、一一三条二項（公務執行妨害）、一二一条三項（被拘禁者共同暴挙）、一二五条a（騒擾）、一七六条三項（児童の性的乱用）、二一八条二項（妊娠中絶）、二四三条（窃盗）、二六四条二項（補助金詐欺）、二八三条a（破産罪）、三〇二条a（暴利）、三一〇条b三項（核エネルギーによる爆発の招来）など参照。

(13) 訳出にあたつては、宮澤訳・西ドイツ刑法典（前出注11）を参照した。

(14) この点につき、*Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, S. 387. また、*Maurach*, JZ 1962, S. 380 ff.

(15) わが国についても、こうした立法技術の採用は検討されて良い問題だと思われる。原則的（加重）事例に関する基本的文献としては、*Lange*, Die Systematik der Strafdrohungen, Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, 1954, S. 69 ff. bes. 80 ff. *Horst Schröder*, Gesetzliche undrichterliche Strafzumessung, Festschrift für Mezger, 1954, S. 415 ff.; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle", Festschrift für Maurach, 1972, S. 295 ff.; *Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen (前出注14) S. 385 ff., 515 ff., 576 ff. · *Maiwald*, Bestimmtheitsgebot. tatbestandliche Typisierung und die Technik der Rege-

beispiele, Festschrift für Gallas, 1973, S. 137 ff. ; *Calliess*, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ 1975, S. 112 ff. などがある。

(16) *Schröder* (前出注15) S. 427, 419 f. ; *Wessels* (前出注15) S. 298 f.; *Maurach/Gössel*, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, 3. Aufl., 1977, S. 35 ff. ; *Zipf* in Maurach/Gössel/Zipf (前出注3) S. 422 (=ders. Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 15); *Jescheck* (前出注4) S.218 ; *G. Hirsch*, LK (前出注3) Rn. 50 vor § 46 ; *Stree*, in Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 21. Aufl., 1982, Vorbem. 44 vor §§ 38 ff. など。量刑事由と加重構成要件との混合形態とするのは、*Lange* (前出注15) S. 83 ; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Nachtrag 1970, S.17 ; *Hertz*, Das Verhalten nach der Tat, 1973, S. 140 ; *Bruns*, Leitfaden (前出注3) S. 42. など。

(17) *Calliess* (前出注15) S. 117 f.

(18) Vgl. *Schröder* (前出注15) S. 426 f. ; *Wessels* (前出注15) S. 298. また、*Calliess* (前出注15) S. 114 f.も参照。

(19) Vgl. *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947, S. 56 ff. ; *Schröder* (前出注15) S. 415 ff. 立法者による法定刑の形成を、裁判官による量刑 richterliche Strafzumessung と区別して、法律による量刑 gesetzliche Strafbemessung と呼ぶこともある。例えば、*Jescheck* (前出注4) S. 698.

(20) この点については、特に、*Schröder* (前出注15) S. 426 f.

(21) Vgl. *Schröder* (前出注15) S. 426. なお、*Marx*, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut", 1972, S. 75 も参照

(22) *Zipf*, Strafmaßrevision (前出注5) S. 97 f. ; *Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen (前出注14) S. 386 ; *Bruns*, Strafzumessungsrecht (前出注4) S. 70,363 ; *Zipf* in Maurach/Gössel/Zipf (Anm. 3) S. 444 (= ders. Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 40) ; *G. Hirsch*, LK (前出注3) § 46 Rn. 99. など参照。

(23) この点について、*Calliess* (前出注15) S. 114 f.は極めて示唆に富む。

(24) *Maurach*, Nachtrag zum BT (前出注16) S. 25 f. ; *Wessels* (前出注15) S. 300 f., 305 ff. ; *Zipf* in Maurach/Gössel/Zipf (前出注3) S. 422 (= ders,Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 15); *Jescheck* (前出注4) S.218, 237,418, 535 Fußn. 44a, 603 Fußn. 30a ; *Bruns*, Leitfaden (前出注3) S.42 など参照（もっとも、部分的には争いがある）。こうした通説の姿勢に抵抗を示すのは、ゲッセルである。*Maurach/Gössel* Fälle und Lösungen (前出注16) S.36 f. また、*Hans Joachim Hirsch*, Literaturbericht, Strafrecht - Besonderer Teil (I. Teil), ZStW Bd. 84, 1972, S. 386 f. も参照。

(25) *Arzt* (前出注14) S. 387.

(26) Vgl. *Warda*, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre (4. Teil), Jura 1979, S.288. なお *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzume（前出注5）S. 11; *Bruns*, Strafzumessungrecht（前出注4）S. 48 ; *Jescheck*（前出注4）S.702. も参照。

(2) 量刑過程の理論的分析と量刑事情

量刑の理論的分析の出発点は、量刑判断の基本的枠組みを確定することである。刑の量定の過程は、多層的な問題領域から構成され[27]、異なつた思考上の諸段階を包括する[28]。犯罪論の場合にもそうであるように、こうした「複合的」性格を有する量刑判断の過程を分析、体系化することによつて、思考の筋道を明らかにすることが量刑理論の第一の任務である。量刑判断に非合理的・感情的な要素が伴うことは否定できないとしても[29]、理論的分析を進めることで、その範囲を狭めることは可能なのである[30]。

以下においては、この点に関するヴィムマー、シュペンデル、ブルンスらの見解を紹介しながら、量刑判断の過程において量刑事情の持つ意味を明らかにしたい。

ヴィムマーは、その先駆的諸論文において、量刑事由（ないし量刑の根拠 Strafzumessungsgründe）を、量刑事情（Zumessungstatsachen）とこれに対する（狭義の）量刑判断（Zumessungserwägungen）とに区分した[31]。量刑事情とは、刑の量定にあたつて重要な具体的諸事実であり、量刑判断とは、量刑事情の確定を前提として、精神的な作業により量刑のためになされる全ての活動である[32]。

ヴィムマーの分析を前提としながら、この点について理論的により掘り下げた研究を行なつたのは、シュペンデルである[33]。シュペンデルによれば、多義的に用いられる量刑事由（ないし量刑の根拠）の概念は、次の三つの意味において把握することができる。第一に、それは、刑罰の量を規定する事実上の根拠（Realgrund; causa essendi）であり、例えば、盗品の価額、傷

害行為の残虐性、死亡した被害者の数など、刑量を規定する具体的な事情である（事実上の量刑の根拠 realer Strafzumessungsgrund）。これは、ヴィムマーの言う量刑事情に等しい。シュペンデルによれば、立法者による構成要件の設定とこれに対する法定刑の確定は、刑量の決定における第一段階を形成し、従つて、犯罪構成要件は処罰一般を理由づける抽象的なRealgrundであり、これに対して、量刑事情は個々の刑量を基礎づける具体的なRealgrundを形成するのである。[34] ちなみに、この場合のRealgrundとは、一定の結果にとつての具体的条件となる事実を意味する（例えば、水が凍ることの Realgrund は、気温が摂氏〇度以下に下がることである）。[35] 第二に、量刑事由の概念は、刑量の目的根拠（Zweckgrund; causa finalis）の意味で用いられる。それは、刑罰により追求される目的（第一次的には応報目的、副次的には予防目的）に他ならず、やはり刑罰の量を規定する（目的的な量刑の根拠 finaler Strafzumessungsgrund）。例えば、量刑事情の刑量に及ぼす影響（刑を重くする方向で考慮されるのか、刑を軽くする方向で考慮されるのか）は、刑罰目的によつて左右されるのである。第三に、量刑事由は、刑量の認識根拠（Erkenntnisgrund; causa cognoscendi）を意味する（論理的な量刑の根拠 logischer Strafzumessungsgrund）。それは、どういう根拠から当該行為に一定量の刑罰が科せられるかという思考の上での前提ないし論理的な理由づけであり、すなわち、ここでは、確定された量刑事情を前提として刑罰目的を考慮した場合に、一定の刑量が合理的に矛盾なく導き出せるかという論理的な連関が考えられている。これを、ヴィムマーにならつて（狭義の）量刑判断と呼ぶことも可能である。

このような三分法は、裁判官の判断過程にも対応するものであつて、量刑における諸概念を明確化し、体系化することに役立つとともに、合理的にコントロール可能な刑量の規定を可能にするものとされる。[36] その長所は、何よりも、量刑の誤りがどこにあるのかを的確に認識し得る点に見られる。[37] 例えば、事故後逃走罪（西ドイツ刑法一四二条参照）の量刑にあたつて、妻以外の女性との恋愛関係と言つた被告人の私生活に関する事情を、刑を重くする方向で考慮することは許されない。[38] そのような量刑は、考慮し得る量刑事情の確定にあたつて誤りがあるということになる。次に、刑罰目的とは無関係な国家の金

銭的収入という財政目的のために高い罰金刑が科されるとすれば、その量刑には刑罰目的の考慮において誤りがあることになる。また、行為者が病的な精神状態にあつたことを理由に限定責任能力を肯定しながら、他面において、同一の事情を、「残虐な実行態様」や「犯罪的エネルギーの大きさ」などの名目で刑を重くする方向で考慮するとすれば、その量刑には、論理的な理由づけ（＝狭義の量刑判断）において誤りがあることになる。

シュペンデルの見解は、その後、ブルンスの体系書においても基本的に受け入れられ、さらに精緻な分析を加えられた。[39] ブルンスは、シュペンデルの言う第三の量刑事由、すなわち刑の量定の論理的根拠を意味する（狭義の）量刑判断をさらに分析して、結局、全体の量刑の過程を五段階に区分するに至つた。

ブルンスによれば、互いに矛盾し得る刑罰諸目的（応報および特別・一般予防）の関係、特にその序列関係を明らかにすることが最初の課題である（刑罰目的の解明）。[40] 刑罰目的は、量刑事情の画定とその評価などその後の量刑の全過程を規制するのであつて、最も重要である。[41] ブルンスによれば、量刑においては、応報ないし贖罪目的の優位が認められ、予防目的は副次目的とされる。次に、刑罰目的を判断の基準としながら、量刑にあたつて考慮し得る量刑事情の範囲を画定する必要がある（量刑事情の画定）。ここでは、特に、量刑にあたつておよそ考慮し得る事情とそうでない事情が区別され、また、量刑事情の中で如何なる事情が特に重要な事情とされるか（行為の要素か、行為者の要素か）が明らかにされる。[42] 続いて、基準となる刑罰目的に照らして諸々の量刑事情を「評価」し、それらが果たして刑を重くする方向で量刑に意味を持つのか、それとも刑を軽くする方向で考慮されるのかを検討しなければならない（量刑事情の評価方向 Bewertungsrichtung の問題）。例えば、行為時に酩酊状態にあつたことを刑の量定にあたつて如何なる方向で考慮し得るのかは自明のことではないからである。[43] さらに、様々な量刑要素（とりわけ、選び出された量刑事情）を互いに関係づけ、比較衡量して、刑量の決定におけるそれぞれの重要性の程度を全体評価しなければならない（量刑要素の正しい衡量 richtige Abwägung の問題）[44]——西ドイツ刑法四六条二項前段参

照)、最後に、これらの量刑要素を一定の刑量へと数量化するという決定的な——そして最も困難な——作業が残される(量刑要素の数量化 Umwertung の問題)[45]。それは、当該犯罪行為の、法定刑の範囲内における相対的な「重さ」(当罰性の程度)を明らかにすることによつて行なわれる。法定刑は、生じ得る全ての事例を予想した連続的な「当罰性の尺度」を成しており、当該犯罪行為の相対的な重さ(例えば、「極めて軽微」「軽微」「中程度」「重大」「極めて重大」というように)を明らかにし、その幅の中の一点に位置づけることで刑の数量化を可能にし得るからである[46]。こうした見解の根底にあるのは、量刑が、立法者の——とりわけ法定刑の定め方に示された——当罰性判断を具体化することを目的とする、法により拘束される作業(法の適用)に他ならないという重要な認識である[47]。

さて、以上、量刑の過程ないし判断の枠組みに関する諸見解を概観したのであるが、これらの諸見解は、決して互いに他と矛盾し、ないしは他を排して主張されているものではなく、それぞれ先行する見解を前提として次第に理論的分析を深めて来たものと評することができよう。その意味で、以下の考察にあたつては、これらの諸見解を基本的な前提とすることが可能である。もつとも、さらに検討を要するのは、量刑判断の対象は何であり、これと量刑事情との関係はどのようなものかという問題であろう。ここにおいて、われわれは、本稿の扱うテーマの中心部分に触れることになる。この点については、以下の(二)において掘り下げた検討を加えたいと考える。

(27) ***Bruns***, Strafzumessungsrecht (前出注4) S. 46 ff.

(28) ***Frisch***, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung (前出注5) S. 7 ff.

(29) Vgl. ***Dreher***, Über die gerechte Strafe (前出注19) S. 10 ff.; ***Henkel*** (前出注9) S. 3 f., 34 ff.; ***Frisch***, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung (前出注5) S. 69 ff.; ***Grasnick***, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung, in: Pönometrie (前出注3) S. 1 f.; ***Haddenhorst***, Rationalität und Irrationalität der Strafe, in: Pönometrie (前出注3) S. 33 ff.

(30) Vgl. ***Zipf***, Strafmaßrevision (前出注5) S. 22.

(31) ***Wimmer***, Die Strafzumessungstatsachen im Prozeß, NJW 1947/48, S. 126; ders. Bemerkung zur Revisivilität der Strafzumessung,

NJW 1947/48, S. 316 ; ders. Die rechtlichen Einschränkungen der Strafermessensfreiheit, DRZ (Deutsche Rechts-Zeitschrift) 1950, S. 269. これより先、ペーターズは、量刑判断の分析枠組みとして、評価の基礎 (Bewertungsgrundlagen)、評価の視点 (Bewertungsgesichtspunkte)、評価の基準 (Bewertungsmaßstäbe) という三分法を用いた (*Peters*, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, 1932, S. 57 ff., 74 ff. ; ders. Strafprozeß, 2. Aufl., 1966, S. 569. また、ders. Strafzumessung, in : Handwörterbuch der Kriminologie, 2. Aufl., Ergänzungsband, 1979, S. 132 ff.)。評価の基礎とは、刑罰目的（第一次的には応報、第二次的には一般・特別予防）を意味し、評価の視点とは、個々の刑罰目的から導かれ、量刑事情を選び出す手がかりとなる「観点」であり、評価の基準とは、個々の刑罰目的を前提として、量刑事情の評価の方向と重要性を決するものである (*Peters*, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960, S. 169 Fußn. 343)。

(32) 特に、*Wimmer*, Bemerkungen zur Revisivilität der Strafzumessung（前出注31）S. 316.

(33) *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß（前出注2）S. 191 ff. ; ders. § 51 Abs. 2 StGB und das Problem der Strafzumessung, NJW 1956, S. 776 f. ; ders. Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 1964, S. 1759 ff. ; ders. Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, ZStW Bd. 83, 1971, S. 204 f. シュペンデルの見解にならって、量刑過程を三分するのは、*Jescheck*（前出注4）S. 701 ff. ; *G. Hirsch*, LK（前出注3）§ 46 Rn. 3. なお、*Hertz*（前出注16）S. 9 ff.参照。

(34) Vgl. *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß（前出注2）S. 230 ; dens. Grundfragen jeder Strafrechtsreform, Festschrift für Rittler, 1957, S. 50 f. ; dens. Die Begründung des richterlichen Strafmaßes（前出注33）S. 1761 f.

(35) *Spendel*, Grundfragen jeder Strafrechtsreform（前出注34）S. 40.

(36) *Spendel*, Die Begründung des richterlichen Strafmaßes（前出注33）S. 1760.

(37) *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß（前出注2）S. 193 ff.; ders. Die Begründung des richterlichen Strafmaßes（前出注33）S. 1760.

(38) 同様の事例について、*Zipf*, Strafmaßrevision（前出注5）S. 124 f.

(39) 概観のためには、*Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 46 ff. bes 52 ff. ; ders. Zum "Toleranzbereich" bei der revisionsgerichtlichen Kontrolle des Strafmaßes, Festschrift für Henkel, 1974, S. 289 ff.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 6, 268 f. を参照されたい。ブルンスの見解に従うのは、*Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung（前出注5）S. 7 ff. である。

(40) *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 193 ff.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 63 ff.

(41) *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 193 ; ders. Leitfaden（前出注3）S. 63.

(42) *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 357 ff.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 105 ff.

(43) *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 613 ff.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 211 ff.

(44) *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 640 ff.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 223 ff.

(45) *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 643 f.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 227 f.

(46) 特に、*Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 81 ff.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 46 ff. その他、*Dreher*, Über die gerechte Strafe（前出注19）S. 61. ff.; ders. Über Strafrahmen, Festschrift für Bruns, 1978, S. 149 ff.; *Henkel*（前出注9）S. 21 f.; *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung（前出注5）S. 161 ff.; *G. Hirsch*, LK（前出注3）§ 46 Rn. 119 も同旨である。

(47) *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 23 ff., 71, 91; ders. Leitfaden（前出注3）S. 19 ff., 36, 48 f. その他、*Zipf*, Strafmaßrevision（前出注5）S. 27 f., 45, 79 ff., 165 ff.; ders. in: Maurach/Gössel/Zipf（前出注3）S. 431 ff., 477（=ders. Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 26 ff., 77）; *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung（前出注5）S. 111 ff. 反対、*Dreher*, Über Strafrahmen（前出注46）S. 153 ff.

(3) 量刑原則としての責任主義と量刑事情に関する錯誤

ここでは、責任主義の原則が量刑にも妥当すること、そして、それとともに、量刑事情に関して錯誤の問題が生じ得ることを明らかにしたい。

① 量刑原則としての責任主義　責任主義の原則[48]によれば、行為者は責任のない結果について刑を科せられることはない。従つて、行為者が認識し、あるいは認識することの可能であつた事情に限つて、行為者に帰責することができる。こうした責任主義の原則は、犯罪の成否の場面（これを、刑罰のObの場面と呼ぶことができる）のみならず、刑の量定の場面（刑罰のWieの場面と呼ぶことができる）をも支配している。[49] この原則について、もつぱら犯罪の成否の場面を予定した説明がなされる場合にも、[50] 量刑原則（Maßprinzip）としての責任主義をこれに含めて理解しなければならない。責任は程度を付し得る概念であり、[51] 責任の程度を超える刑罰は、もはや責任を前提とする刑罰では有り得ないからである。[52]

もつとも、責任主義が、刑罰のObとWieとに妥当することを認めながら、それぞれの場面における「責任」の意味は異

なるとする見解もある。この見解によれば、犯罪の成否の場面を支配する責任主義における「責任」とは、犯罪成立要件の一つとして、構成要件該当性および違法性から区別された狭義の責任を意味するのに対し、量刑原則としての責任主義は、構成要件該当性・違法性・責任から成る犯罪性という意味での（刑事）責任の程度によつて刑の分量が規制されることを意味している、というのである。[53] さらに、犯罪の成否と量刑の場面における「責任」の概念は、それぞれその構造と内容において相違し、特に量刑においては、責任以外の諸要素（例えば、違法性の程度）が決定的であつて、ここでは違法と責任の区別も無意味であるから、「責任」の概念を全く放棄してしまうことが望ましい、とする見解さえ主張されている。[54]

しかしながら、このような理解は正確ではない。[55] そもそも責任とは、「実体」ではなく、[56] 行為の属性ないし評価である。[57] しかも、責任評価は常に違法行為に関係した判断であつて、構成要件に該当する違法な行為の存在しないところに、刑法上の「責任」を考えることはできない。また、逆に、責任の大小という場合には、当該違法行為に対する非難の程度が問題となつているのであつて、本来的に違法性の大小もそこに反映されている。[58] このように考えるならば、責任主義における「責任」の意味を全く統一的に理解することが可能なのである。たしかに、これに対しては、科刑が構成要件に該当する違法行為（不法）の存在を前提とすることは、罪刑法定主義ないし行為主義の要請であつて、責任主義とは一応別個のことである、との反批判が可能である。けれども、このような反批判は、刑法における様々な人権保障原則の間の内的連関を理解しないばかりか、何よりも、量刑原則としての責任主義の意味の中には、刑の分量が帰責され得る（有責な）「不法」の程度・分量によつて規制されること（ホルンの言う「刑罰の量に対する不法の構成的機能」）、[59] 換言すれば、責任がいくら重くても大枠としての違法性の程度・分量を超えることはないこと――後述するように、これも行為主義、そして罪刑法定主義の要請である――が包含されていることを看過している点で不当である。また、実際的にも、右のような反対説によれば、犯罪の成否の場面で責任の程度が意味を持つこと――いわゆる「可罰的責任」[60]――を否定することにもなるであろう。すなわち、違法

性が軽微で、責任の程度も低い場合に、全体として見て可罰性が否定され犯罪が成立しない[61]、ということは有り得ないことになる。しかし、犯罪の成否の問題は、取りも直さず、刑を科すことが理由づけられ、正当化されるかの問題であり、同時に――特に軽微な犯罪の場合――その程度の「有責的不法」にそもそも刑を科すことが許されるかが問われなければならい。法律要件としての犯罪と法律効果としての刑罰との間には、こうした相互作用の関係があり[62]、それとともに、刑罰の Ob と Wie は不可分で、それぞれに異なつた原理が妥当するというようなことは有り得ないのである[63]。

(48) 西ドイツにおいては、責任主義が、法治国原理 (Rechtsstaatsprinzip) に由来し、憲法の要請だとされている点について、特に、*Zipf*, Die Strafmaßrevision (前出注5) S. 47 ff.

(49) 例えば、西原・刑事法研究・第一巻〔一九六七年〕二七頁注(1)、木村(亀)「責任主義の意義と問題」(同・犯罪論の新構造(下)〔一九六八年〕四一九頁以下所収)四一九頁以下、平野・刑法総論Ⅰ〔一九七二年〕五二頁、宮澤「刑法の意義とその役割」宮澤・大谷編、刑法総論〔一九七六年〕六頁、佐伯・刑法講義(総論)・三訂版〔一九七七年〕二三三頁、大谷「責任主義」刑法の争点〔一九七七年〕六〇頁、阿部「刑の量定の基準について(下)」法学四一巻四号〔一九七八年〕四二頁、中野・刑法総論概要〔一九七九年〕三三頁など。Vgl. *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 33 f.; *Zipf*, Die Strafmaßrevision (前出注5) S. 43; *Maurach*, Deutsches Strafrecht (前出注1) S. 106; *Henkel* (前出注9) S. 43 ff.; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., 1971, S. 74; dens. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, 5/36, S. 108 f.; dens. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1982, 3/43 f., S.38 (ちなみに、シュミットホイザーは、責任主義の内容として、さらに、「責任を基礎づけ得るような不法のない限り、刑罰を科すのは許されない」ことを挙げている); *Arthu Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 18; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl., 1977, S. 92, 129 f.; *Jescheck* (前出注4) S. 17, 328; *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 100 f.; *G. Hirsch*, LK (前出注3) § 46 Rn. 5. usw.

(50) 例えば、大塚・刑法概説(総論)〔一九六三年〕(増補版・一九七五年)二七一頁、柏木「責任主義」法学教室〈第一期〉八号〔一九六三年〕七四、五頁、藤木・刑法講義総論〔一九七五年〕七九・八〇頁、福田・新版刑法総論〔一九七六年〕一三七、八頁注(1)、西原・刑法総論〔一九七七年〕三八六頁、内田・刑法Ⅰ(総論)〔一九七七年〕二二〇頁、中山・口述刑法総論〔一九七八年〕二一六頁など。

(51) 例えば、*Dreher*, Über die gerechte Strafe (前出注19) S. 80; *Kern*, ZStW Bd. 64, 1952, S. 255; *Armin Kaufmann*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW Bd. 70, 1958, S. 85; *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystem, 4. Aufl., 1961, S.40 (邦訳、福田・大塚・目的的行為論序説〔一九六二年〕五八頁); *Bruns*, Strafzumessungsrecht (前出注4) S. 394; ders. Leitfaden (前出注3) S. 119; *Baumann*, Strafrecht (前出注3) S. 657; *Jescheck* (前出注4) S.345, 709; *G. Hirsch*, LK (前出注3) § 46 Rn. 5; *Horn* in: Systematischer

Kommentar zum StGB (SK), Band I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl,, 1981, § 46 Rn. 37 ; *Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld, in : ders. Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 136. なお、*Hertz*（前出注16）S. 62も参照。

(52) *Müller-Dietz*（前出注49）S. 36 ; *Zipf*, Die Strafmaßrevision（前出注5）S. 43, 48; *Maurach/Zipf*（前出注49）S. 130 ; *Stree* in : Schönke/Schröder（前出注16）Vorbem. 6 vor §§ 38 ff. なお、後出四(四)(1)も参照。

(53) 阿部・前掲論文（前出注49）四三頁。なお、木村・前掲論文（前出注49）四五五、六頁参照。

(54) *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S.2 ff., 10 ff., 215 ff. そのほか、*Zipf* in Maurach/Gössel/Zipf（前出注3）S. 433 (=ders. Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 28); ders. Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, S. 193; *Bockelmann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1979, S. 235; *Dreher/Tröndle*, StGB, 40. Aufl., 1981, § 46 Rn. 4A. ; *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I., 3. Aufl., 1981, S. 76も、同様に、量刑において問題となる「責任」は、犯罪成立要件の一つとしての「責任」と同一に理解することはできないとする。もっとも、その真意は必ずしも明らかでない。

(55) 同旨、*Müller-Dietz*（前出注49）S. 46, 80 f. ; *Hertz*（前出注16）S. 65 f. ; *Horn* in SK（前出注51）§ 46 Rn. 37

(56) 厳密には、責任評価の対象（責任構成事実）、責任評価それ自体、そして責任評価を加えられた実体（＝有責行為）を区別すべきであろう（vgl. *Roxin*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für Henkel, 1974, S. 171)。しかし、ここで問題とされるのが責任評価それ自体であることに疑問の余地はない。

(57) Vgl. *Gössel*, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, Erster Band, 1974, S. 104 ff.

(58) *Achenbach*（前出注54）S. 13, 221 f. Fußn. 27 は、この点を看過している。刑法上の責任が、常に不法に関係し、不法に従属した判断であることについては、後出(一)(2)①参照。

(59) Vgl. *Horn* in SK（前出注51）§ 46 Rn. 38.

(60) 可罰的責任については、佐伯・前掲書（前出注49）一二二、三頁、二三二頁、中川「責任と可罰的評価——序説的考察——」平場博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)（一九七七年）二五二頁以下、浅田「責任と答責性——ロクシン説の検討——」同書二九〇頁など参照。なお、中野・前掲書（前出注49）一九七、八頁。

(61) 例えば、*Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 178 f. ; *Jescheck*（前出注4）S. 385 ff. ; *Lenckner in* : Schönke/Schröder（前出注16）Vorbem. 111 vor §§ 32 ff. ; *Wessels*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 1981, S. 95 ; *Rudolphi* in SK（前出注51）Rn. 6 vor § 19 は、免責事由（=Entschuldigungsgründe 例えば、西ドイツ刑法三五条の免責的緊急避難で、責任無能力などの責任阻却事由 Schuldausschließungsgründe とは区別される）における免責の根拠は、不法および責任の量的減少にあると解している。これに対する*Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre(前出注54)S. 11 ff. ; ders. Wiederbelebung

der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht, JR 1975, S. 494 の批判には説得力があるように思われない。

(62) *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1 : Delikte gegen die Person, 2. Aufl., 1981, S. 8 f. (*Arzt*).

(63) *Gössel*, Über die Bedeutung des Irrtums (前出注57) S. 123 ff. ; ders. Rezensionen, JA 1974, S. 828, 9. 詳しくは、後出四(五)参照。

② 量刑事情の錯誤　こうして責任主義が量刑にも妥当するならば、行為者は、責任のない結果の発生を理由として、より重い刑を科せられることはない。[64] 西ドイツ刑法四六条二項が、行為から生じた諸結果（もちろん、構成要件的結果に限られない）のうちで「有責に」惹起されたものに限つて、量刑事情としての意味を認めているのは、責任主義の一つの帰結を明らかにしたものに他ならない。

しかしながら、この規定は、行為から生じた「責めに帰すべき」諸結果（die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat）と定めるのみで、言うところの責任の内容（あるいは責任の形式）についてまでは言及していない。従つて、果たして故意犯の場合には、「故意」の認められる事情のみが考慮されるのか、または、単に予見可能であつたにすぎない諸結果も刑を重くする方向で勘案し得るのかは決して自明ではない。換言すれば、行為から生じた諸結果について行為者の過失が肯定されれば常に量刑事情として考慮することが許されるのか、あるいは、故意犯の場合には、生じた結果についてその具体的態様における認識つまり「故意」が要求されるのかが問われる余地がある。

そして、このように考えるならば、量刑事情に関して「錯誤」の問題が生じ得ることが明らかとなろう。量刑事情、特に行為から生じた諸結果との関係で客観的な事情と行為者の認識との間に齟齬のある場合に、いずれを基準として刑を量定し得るのかは極めて重要な問題だと言わなければならない。例えば、行為者が、画廊から、高価な「レンブラント」の絵を、それと知らずに安価な——従つて、容易に換金できる——絵と考えて盗み出した場合に、[65] 客観的な結果を基準として刑を求めるか、行為者の認識を基準として刑を量定するかは重大な刑量の差異を導き得るのである。[66] 西ドイツ刑法一六条によれ

ば、法定構成要件に属する事情を知らなかつた場合故意は否定されるが、量刑事情が構成要件要素とは区別される以上、安直にこの規定を類推適用することは許されない。量刑事情の法的性格についての立ち入つた考察のみが、問題の解決を可能とするのである。

同じ問題は、わが刑法の下においても、等しく提起され得る。そればかりか、一般に法定刑の幅も極めて広く、量刑において裁判官に広い「裁量」の余地が認められているわが国では、本問題が西ドイツにおける以上に重要な意味を持ち得るようにさえ思われる。

(64) 例えば、*Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip（前出注49）S. 257.

(65) シュペンデルが提起した「古典的」な事例である。*Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß（前出注2）S. 212.

(66) 量刑事情に関する錯誤の問題についての基本的な文献としては、*Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat, GA 1972, S. 321 ff.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 396 ff.; ders. Leitfaden（前出注3）S. 122 ff.; *Zipf* in: Maurach/Gössel/Zipf（前出注3）S. 435 ff.（=ders. Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 30 ff.）などが挙げられる。

(二) 量刑事情の範囲について

(1) 量刑事情の範囲を画定することの意義

前節において、量刑事情の法的性格の解明が、とりわけ量刑事情に関する錯誤の問題の解決にとつて不可欠であることを述べた。しかし、実は、錯誤の前提問題として、如何なる範囲の事実が刑の量定に影響を持ち得るのかが問われなければならないのである。一定の事情が如何なる主観的要件の存する場合に行為者に帰責し得るかの問題は、そもそも客観的に当該事情が刑罰を基礎づけ得る事情であることの確定を前提としている。しかしながら、行為者が「有責に」惹起した全ての結果を行為者に帰責し得るとは言えない。[67] 当該事情が量刑においてそもそも考慮し得る事情であることが確定されてはじめ

て、これに対して、どのような主観的要件が要求されるかの問題が提起され得るのである。[68]

特に、ここでは、ヴィムマーの追求したような手続上の限界[69]ではなく、量刑事情の実体法上の限界が問われなければならない。財産犯により被害者の経済的な生活基盤を著しく脅かしたとか、ピアニストの指を傷つけたというような簡単な事例を考えてみても、何故、これらの場合通常より重い刑を科し得るのかは解答の困難な問題であろう。法益侵害の程度がより重いと直ちに言い得るかどうかには疑問がある。[70] ここでは、とりわけ、法益という「抽象概念」の内容をどのように具体化するべきかを検討しなければならないように思われる。また、例えば、行為者が、詐取した自動車を、過失で惹起した事故により損壊した場合、こうした事情を詐欺罪の量刑において刑を重くする方向で考慮することが許されるか[71]は決して自明のことではない。一度侵害された法益は、さらにそれ以上侵害されようがないし、[72] また、現行法上、過失による器物の損壊は罪とされていないのであるから、それを理由に刑を重く量定することは「間接処罰」[73]の疑いを免れないようにも思われる。さらに、執拗な恐喝行為によつて被害者の自殺を招いた場合、[74] この結果を恐喝罪の量刑において刑を重くする方向で考慮し得るのは当然のようにも考えられるが、その理論的根拠を問われれば、解答は決して容易ではない。「過失致死罪として独立に処罰し得ないのならば、その結果を量刑において刑を重くする方向で考慮することもまた許されない」[75]とする見解の説得力を否定し得ないからである。このように、ここでは、罪刑法定主義・行為主義の観点から、さらには、刑罰法規が何を保護の対象としているのかを勘案した上で、量刑において考慮し得る事情の限界が究明されなくてはならないのである。

(67) 結果的加重犯に関連してであるが、示唆に富むのは、*Wolter*, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 173, 1. Sp.

(68) *v. Weber*, MDR 1957, S. 693; *Frisch*（前出注66）S. 342

(69) Vgl. *Wimmer*, Die Strafzumessungstatsachen im Prozeß（前出注31）S. 127 ff.

(70) 緊急避難における「法益」衡量の場合の諸事例を想起すれば、法益侵害の程度が異なると考えることに充分の理由づけが必要とされるのが明らかとなろう。

(71) BGH VRS（Verkehrsrechtssammlung）15, 112 は、これを肯定した。なお、後出三(一)①②(c)、(二)②参照。

(72) Vgl. *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 206; *Hertz*（前出注16）S. 68 f.

(73) 間接処罰（indirekte Bestrafung）については *v Weber*, MDR 1957（前出注68）S. 693; *Lekschas*, Ein Schritt zur Vernichtung des Schuldpirnzips, Staat und Recht, 6. Jahrgang, 1957, S. 1283 ff., 1289 f.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 413 ff.; *Frisch*（前出注66）S. 342 参照。

(74) *Warda*（前出注26）S. 288.

(75) Vgl. *Zipf*, Die Strafmaßrevision（前出注5）S. 90; *Lekschas*（前出注73）S. 1289 f.

(2) 量刑判断の対象としての「行為」

① 行為主義の原則　ホルスト・シュレーダーによれば、罪刑法定主義は犯罪の成否（従つて刑罰のOb）について妥当するのみで、刑罰の内容・程度が明確・一義的に規定されることまでも要求するものではない。[76] しかしながら「可罰性が法律にその基礎を持たなければならない」という原則は、個々の犯罪の成立要件とこれに対する相対的な刑の法定のみを要請するにとどまると考えることはできない。[77] さもなければ、犯罪行為の実行、従つて構成要件該当性の要件は、科刑の「きつかけ」にすぎぬものとなり、罪刑法定主義の人権保障機能は大幅に減殺されるからである。[78] こうして、量刑においては、犯罪構成要件に記述され、行為者によつて実行された具体的な「行為」に対して刑が量定されることが要請される。[79] すなわち、「行為」が量刑判断の対象・客体でなければならないのである。[80] シュペンデルの言うように、刑量を規定するための何か確固とした基礎があるならば、それは構成要件によつて明確に輪郭づけられた行為をおいて他にない。[81] これは、可罰性が法律にその基礎を持たねばならないという原則、すなわち罪刑法定主義の帰結に他ならないが、個別行為が科刑の基礎と限界となる点に注目すれば「行為主義」と呼ぶ方が適切であろう。

行為主義の重要な帰結は、次の二点にある。第一に、犯罪行為が実行されない限り、刑罰が科せられることはない。従つて、刑を基礎づけるのは個別行為たる不法（構成要件に該当する違法な行為）のみであるから、不法の存在しないところに、これとは独立した「責任」を考えることはできない。[82] これは至極当然のことのように思われるが、かつてノヴァコフスキーが、

純粋に客観的な違法論を維持せんがために、この原則を否定したこと[83]（「不法なき責任」）を忘れてはならない。体系的に見れば、不法は責任非難の対象だと言うことが可能である[84]。第二に、刑罰は、犯罪行為の重さに相応するものでなくてはならない。従つて、責任の程度そして刑罰の量は、不法の分量（違法性の程度）を上回つてはならず、個別行為の不法とは無関係な要素により高められてはならない。刑法上の責任は具体的な不法を前提とし、責任判断はこの不法に関係した判断だからである[85]。責任は不法に対する評価であり、責任の程度とは違法行為に対する非難の程度に他ならない。その意味で、責任の程度・分量は違法の程度・分量によつて大枠を画され、それを超えてはならないのである[86]。刑量を基礎づけるのは不法のみであり、責任はこれを限定し得るにすぎないと言うこともできる[87]。不法の大きさに見合わない刑量は、その実質において、不法を前提としない刑罰だと言わなければならない。こうして、責任主義の意味内容として、「刑量が責任の程度を上回ることは許されない」と言われるとき、「刑量は個別行為の違法の程度を超えてはならない」ことが前提とされていなければならないことになる。

以上のように考えるならば、行為主義の原則を前提とする責任主義は、刑事政策に対して二重の防壁を有する。すなわち、第一に、科刑は不法を前提とし、刑罰の量は不法の分量・程度によつて限定されるばかりでなく、第二に、科刑は行為責任の存在を前提とし、刑量はその程度によつて画されねばならない。このような理解に対しては、右の二点のそれぞれについて有力な異論が提起されている。人格（形成）責任論と性格論的責任論がそれである。

(76) *Schröder*（前出注15）S. 416.

(77) *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 59. また *Maiwald*（前出注15）S. 141 ff. も参照。

(78) *Baumann*, Das Verhalten des Täters nach der Tat, NJW 1962, S. 1793, 1798; *Seelmann*, Neue Entwicklungen beim strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff, Jura 1980, S. 511. また *Peters*, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters（前出注31）S. 54. も参照。

(79) Vgl. Puppe（前出注77）S. 59 f.; *Maiwald*（前出注15）S. 143. 本文に言う「行為」の意味について、詳しくは、後出四(一)(2)参照。

(80) *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung（前出注5）S. 275 f.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 562; *Gössel*, Rezension（前出注63）JA 1974, S. 827.

(81) *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß（前出注2）S. 159.

(82) Vgl. *Maurach/Zipf*（前出注49）S. 67, 183.

(83) 例えば、*Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW Bd. 63, 1951, S. 315 f.; ders. Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, S. 27 f. など参照。もつとも、ノヴァコフスキーは、後年、こうした見解を放棄して、故意・過失も違法要素とする旨至りた（vgl. *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, S. 22 ff.〔=ders. Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 8 ff.〕）。

(84) *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 43.

(85) 刑法上の責任が不法に関係した判断であることについては、特に、*Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 392 ff.; *Zipf*, Strafmaßrevision（前出注5）S. 85 f. 参照。その他、*Müller-Dietz*（前出注49）S. 60, 79; *Schmidhäuser*, Strafrecht（前出注49）10/11, S. 373; *Gössel*, Rezension, GA 1978, S. 63; *Jescheck*（前出注4）S. 709; *Lackner*（前出注6）S. 27; *G. Hirsch*, LK（前出注3）§ 46 Rn. 9; *Bruns*, Leitfaden（前出注3）S. 119; *Horn* in SK（前出注51）§ 46 Rn. 37 ff.; *Grasnick*（前出注29）S. 21 ff. も同旨である。なお、*Noll*, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 229 ff.; *Hertz*（前出注16）S. 54; *Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld（前出注51）S. 137. も参照。

(86) 違法の量による刑量の枠づけという考え方については、瀧川春雄・刑罰と保安処分の限界〔一九六二年〕二四頁、所「刑の量定の基準」ジュリスト三一三号〔一九六五年〕七三頁、内田・前掲書（前出注50）二〇七頁、同「違法と責任」（中山・西原・藤木・宮澤編、現代刑法講座第二巻〔一九七九年〕所収）一四頁以下など参照。

(87) 例えば、*Horn* in SK（前出注51）§ 46 Rn. 38. また、*Müller-Dietz*（前出注49）S. 76 も参照。

② 反対説の批判　責任主義がその刑罰限定機能を充分に営み得るためには、個別行為責任を前提としなければならない。[88] 行為責任・行為者責任の概念は多義的であるが、責任が具体的な行為不法を前提とし、責任判断が不法を対象とするものであることを認め、不法の程度・分量によつて刑量が画されるとするところに（個別）行為責任論のメルクマールがあり、[89] 違法と責任の連関を断ち切り、「罪刑の均衡」を否定するところに行為者責任論の本質があると言うことができる。

（行為）責任主義に対する第一の反対者は、いわゆる人格（形成）責任論である。この理論は、行為責任の背後に人格形成の責任を認め、これらを合一したもの（＝人格責任）を刑法上の責任の本質として理解する。[90] これは――論者の弁明[91]にもかかわらず――行為責任の範疇に収まるものではない。たしかに、この理論が、行為者に非難を帰し得る事実のみを帰責するという意味での「行為責任の原理」を貫徹させていることは認められよう。しかし、この理論は、責任非難の対象たる事実を（法律に規定された）個別行為に限定せず、個別行為の背後にある「人格形成」にまで拡大している。換言すれば、人格（形成）責任論によれば、「『危険な性格』は、犯罪行為の結果とならぶ『違法な結果』であり、それをつくりあげるためになされた無数の意思活動に対して、責任が問われる」[92]ことになる。人格（形成）責任論が否定されなければならないのは、そのような人格自体を「違法」要素と捉えること、つまり、科刑の基礎を法定構成要件に記述されていない人格形成行為にまで遡らせることが罪刑法定主義の原則に反するからに他ならない。[93] ホルンの表現を借りれば、法は一定の人格形成行為を禁止あるいは命令する規範を設けてはいないのであり、[94] 人格形成の不法が認められないが故に人格形成の責任もまた認められないのである。[95][96]

人格（形成）責任論が、刑罰のWieの場面で、個別行為の不法の量を超えて行為者の責任を肯定することは、とりわけ常習犯加重規定の解釈[97]や不定期刑の基礎づけ[98]から看取することができよう。たしかに、この理論が行為責任を超えて科刑することを認めるのは、常に「個別行為の背後にある」人格の「有責な」形成についてのみであり、その点で二重の限定を受けるとしても、その限界は明らかでない。さらに、人格形成についての証明の困難という手続法上の問題[99]をも勘案するとき、人格（形成）責任の観念が充分な刑罰限定機能を発揮し得るかには多大の疑問がある。ガラスは、責任主義による刑罰の限定は、行状責任を前提にする限り、実際上「幻のもの」となるとしている。[100] 事は人格（形成）責任についても同じだと言わなければならない。[101][102]

これに対して、いわゆる性格論的責任論[103]は、「行為責任論」の枠内にとどまると言つてよい。[104]性格論的責任論は、責任評価の対象を個別行為に限定するが、しかし、行為者人格――平野によれば、人格のうちの規範心理層[105]――との関連性・親和性において行為の意味を理解する。行為が行為者人格の表現でなくてはこれに責任を問うことはできず、その行為が人格に相当していればいるほど、言い換えれば、行為者人格の危険性の必然的表現であればあるほど行為に対する責任もまた重く、逆に、行為が外部的な諸事情によつて条件づけられていればいるほど責任は軽くなるとするのである。たしかに、この理論には、「現在の人格に対してはどのような原因でそうなつたものであれ、人は責任を負う」[106]とする点で、言うところの責任が刑罰を正当化し得るに足る「責任」の名に値するか、という疑問がある。しかし、性格論的責任論は、行為が人格に相当である場合でも、その行為に対する責任が重いとするのであつて、責任の不法に対する従属性を固持し、その限りで、刑罰が違法の量を超えることは容認しないという行為主義の防壁は守つている。[107]それが「実質的行為責任」の理論と呼ばれ、「正しく理解された行為責任」論と主張されるのも、[108]決して理由のないことではない。

しかしながら、性格論的責任論を前提とする限り、責任主義の刑罰限定機能は失われると言わざるを得ない。責任主義による刑罰の限定とは、刑事政策目的（犯罪予防目的）からする科刑の要求を、刑事政策的考慮とは矛盾・対立する原理によつて遮断することを意味する。将来の犯罪予防目的を度外視した、過去の違法行為に対する非難可能性の意味における行為責任が、そのためには最も適している。[109]責任の内容を予防的考慮により規定しながら、責任主義を刑罰限定原理として用いることは欺瞞でなければ無意味である。性格論的責任論は、（特別）予防目的――厳密に言えば、刑罰の効果の蓋然性判断から――責任の内容を規定するものであり、従つて、予防目的からする科刑の要求を限定するものは――刑罰のWieの場面に問題を限れば――不法の程度・分量でしか有り得ない。中山が正当にも指摘するように、この理論においては、刑事政策目的からする刑罰の限定は「責任量と刑罰の均衡」によつてではなく、「違法量と刑罰の均衡」によつて目指されなくてはな

らないのである。[110] それは、刑罰の限定に関する限り、責任主義ではなく、不法主義である。果たして不法の程度・分量による刑罰の限定が可能であるのか、それは責任主義に代わり得るものなのかと問われれば、否と答える他はなかろう。[111]

(88) 特に、*Maurach/Zipf* (前出注49) S. 93; *Zipf*, Kriminalpolitik, 1980, S. 62.

(89) Vgl. *Müller-Dietz* (前出注49) S. 62; *Hertz* (前出注16) S. 62; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip (前出注49) S. 269; *Schmidhäuser*, Strafrecht (前出注49) 10/11, S. 373; *Maurach/Zipf* (前出注49) S. 490; *Lenckner* in: Schönke/Schröder (前出注16) Vorbem. 105 vor §§ 13 ff.; *Rudolphi* in SK (前出注51) Rn. 2 ff. vor § 19 usw. なお、後出四(五)(1)参照。

(90) 人格(形成)責任論を主張するのは、団藤「人格責任の理論」法哲学四季報二号〔一九四九年〕一〇〇頁以下、同「責任の理論」刑事法講座第二巻〔一九五二年〕二四九頁以下、同・刑法綱要(前出注7)二三七頁以下など。団藤の人格(形成)責任論とその批判については、大谷・人格責任論の研究〔一九七二年〕二〇五頁以下、二二一頁以下が詳しい。

(91) 団藤・刑法綱要(前出注7)二三九、二四〇頁参照。

(92) 平野・刑法総論Ⅰ(前出注49)六二頁。

(93) 行状責任について、*Baumann*, Strafrecht (前出注3) S. 379; *Rudolphi* in SK (前出注51) Rn. 4 vor § 19; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip (前出注49) S. 193.

(94) 反対、団藤「人格責任の理論」(前出注90)一二八頁。

(95) 行状責任について、*Horn* in SK (前出注51) § 46 Rn. 39; ders. Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 145

(96) 同様の批判は、行為者の性格の危険性を違法要素に還元すべきであり、現在の危険については行為者の責任の有無を問わず帰責すべきであるとの佐伯の見解(佐伯「責任と危険性」法学論叢四一巻六号〔一九三九年〕九八一頁以下)についても妥当しよう。

(97) 団藤「人格責任の理論」(前出注90)一二六頁以下参照。ちなみに、わが刑法五六条以下の累犯加重規定は、刑事政策的考慮からする責任主義の例外規定と解する他はない。正当にも、これを、応報の原理(＝責任主義)が予防的考慮の前に譲歩する場合だとするのは、中野・前掲書(前出注49)一〇八頁、二〇二頁である。

(98) 参照「不定期刑と保安処分」(第二部・共同討論)刑法雑誌一七巻一＝二号〔一九七〇年〕一二四頁以下の団藤の発言。

(99) 青柳・刑法通論Ⅰ総論〔一九六五年〕二三九頁以下、西原・刑法総論(前出注50)三九八、九頁参照。行状責任論については、特に、*Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip (前出注49) S. 187 ff.; *Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld (前出注51) S. 142; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 280; *Bruns*, Strafzumessungsrecht (前出注4) S. 546 参照。

(100) *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW Bd. 80, 1968, S. 7. 同旨 *Zipf*, Die Strafmaßrevision (前出注5)

S. 66; ders. Kriminalpolitik（前出注88）S. 62. そのほか、メッガーの行状責任論が責任主義の観点から問題の多いことを説くものとして、川崎「メッガーの行状責任論――責任主義と人格責任論(2)――」創価法学二巻一号〔一九七二年〕七九頁以下。特に、行状責任論による不定期刑の正当化につき、瀬川は、「不定期刑論における行状責任の主な使命は、刑事政策的有効性の十全なる保障であり、その意味で、ここでも責任の刑罰規制機能は等閑視されているとみるべきではなかろうか」とする。瀬川「不定期論の一考察」同志社法学二四巻四号〔一九七三年〕一〇二、三頁。

(101) 大塚は、この理論の妥当範囲を制限し、人格形成責任は責任の存否を決すべき面においてではなく、責任の程度を判断する段階において顧慮されるべきだとする（大塚・前掲書〔前出注50〕二七六頁）。しかしながら、同一の責任概念に対して機能する場面に応じて異なった内容を与えることは、責任論の分裂を導くもの（青柳・前掲書〔前出注99〕二四三頁注(6)、大谷・前掲書〔前出注90〕二一九頁、また、前出(一)(3)①参照）であろうし、また、それによって困難を回避することもできない。というのは、行為責任の他に人格形成責任をも追求し、合一して重い責任を問うことで刑を加重する場合には、少なくとも行為責任の程度を超えて科される刑の部分は、やはり不法を前提としない刑罰だと言わなければならないからである。

(102) 本文に述べた見解は、一定の場合に責任主義の例外が認められ得ることまで否定するものではない。そうした例外的な場合をも説明し得るような責任概念を現行刑法の責任原則として一般化することに反対するに過ぎない。この点につき、例えば、*Schaffstein*, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Festschrift für Gallas, 1973, S.112 を参照されたい。

(103) 性格論的責任論を説くのは、不破・刑事責任論〔一九四八年〕一一頁以下、不破＝井上(正)・刑法総論〔一九五五年〕一二〇頁、平野・刑法の基礎〔一九六六年〕二九頁、三九頁以下などである。そのほか、木村・刑法総論〔一九五九年〕三〇四頁、安平・刑法理論の新展開〔一九六七年〕一〇四頁以下も「性格論的責任論」を主張するが、本文に述べたのと同じ趣旨であるかについては疑問の余地がある。メッガーの性格論的責任論については、大谷・前掲書（前出注90）六七頁以下、川崎「メッガーの性格論的責任論――責任主義と人格責任論(一)――」創価法学一巻二号〔一九七二年〕八一頁以下が詳しい。

(104) 井上(正)「現代における刑罰思想」岩波講座現代法11〔一九六五年〕二一〇頁、川崎「メッガーの行状責任論」（前出注100）五八、九頁参照。

(105) 平野・刑法の基礎（前出注103）四二頁以下参照。

(106) 平野・刑法の基礎（前出注103）四二頁。

(107) 所・前掲論文（前出注86）七三頁、西原・刑法総論（前出注50）三九九頁参照。なお、注108も参照。

(108) 平野・刑法の基礎（前出注103）四三、四頁。この見解が行為責任論であることに疑問を提示するのは、中山「刑法における意思自由論のイデオロギー的基礎」（同・現代刑法学の課題〔一九七〇年〕二三一頁以下所収）二四六、七頁である。

(109) *Zipf*, Die Strafmaßrevision（前出注5）S. 66; ders. Literaturbericht (Kriminalpolitik), ZStW Bd. 89, 1977, S. 711 f.; ders. in: Maurach/Gössel/Zipf（前出注3）S. 430（=Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 24); ders. Kriminalpolitik（前出注88）S.62 など参照。例えば、責任概念に関するロクシンの試みも、「責任」と「予防」とが異なった内容を持ち矛盾し得ることを承認する二元的な理解に立脚することは今日では明らかになったと言えよう（例えば、*Roxin*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht,

Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 285 f. もつとも、ニュアンスの異なるのは、"Schuld" und "Verantwortlichkeit" (前出注56) S. 185 ff. この点につき、*Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 22 f. 参照)。

(110) 中山・口述刑法総論（前出注50）三〇、二頁、同・刑法の基本思想〔一九七九年〕一八五頁参照。

(111) 比例性の原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）による刑罰限定の可能性についてアルトゥール・カウフマンの述べるところ（*Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Festschrift für Lange, 1976, S. 33 f.）はこの関係で示唆に富む。

(3) 量刑判断の対象と量刑事情の関係——非構成要件的事情の量刑における意味——

このように、量刑判断の対象が「行為」でなければならないとするなら、量刑事情を個別行為の諸要素に限定するのが論理的であるようにも思われる。前述したように、シュペンデルは、構成要件該当行為が処罰自体の Realgrund であり、量刑事情は具体的な刑量決定ののための Realgrund だとした。[112] たしかに、こうして刑罰自体の Realgrund と量刑の Realgrundとを概念的に区別することが正しいこととは思われない。[113] しかし、量刑事情とは、こうした処罰自体の Realgrund たる構成要件該当行為の要素を成す具体的な諸事情だと解して、この両者を統一的に理解することも決して不可能ではない。このような個別行為に属する諸事情は構成要件的（〔inner-〕tatbestandlich）事情と呼ばれている。それは、構成要件該当行為の「量的評価」に関係する諸事情であり、例えば、結果の重大さ、実行行為の態様、用いられた手段の危険性の程度などに関するものである。[114] しかしながら、量刑事情をこうした構成要件的事情に限定することなく、——予防的考慮に関係する事情は度外視しても——非構成要件的（außertatbestandlich）事情、すなわち、実行行為の評価ないしその法益侵害性とは「無関係」な事情[115]も刑量を基礎づけ得るとする見解が支配的である。[116] 何故、それが可能なのであろうか。ここで、われわれは、核心的な問題に触れることになる。[117]

西ドイツ刑法四六条二項において、Auswirkungen という包括的な文言が選ばれたのは、量刑において考慮し得るのが構成要件的結果に限られないことを明らかにする趣旨であつたと言う。[118] しかし、これによつて問題が解決されたことにはなら

ない。実定法上の規定は理論的な基礎づけを必要としない、というものではないからである。[19]

(12) 前掲注34参照。

(13) Vgl. *Gössel*, Rezension, JA 1974, S. 827. また、*Bruns*, Leitfaden.（前出注3）S. 35 参照。

(14) *v. Weber*, MDR 1957（前出注68）S. 693; *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 398 f.,413; *G. Hirsch*, LK（前出注3）§ 46 Rn. 51ff.

(15) *v. Weber*, MDR 1957（前出注68）S. 693; *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 398 f., 413; *Müller-Dietz*（前出注49）S. 18. なお、*Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注66）S. 325 f. Fußn. 30 も参照。もっとも、「構成要件的」かどうかという区別は、その用語法において必ずしも満足すべきものとは言えない。構成要件は違法判断に関係する諸事情の全てを明記してはいないのであり（vgl. *Hertz*〔前出注16〕S. 65, 86, 99, 101）、罪刑法定主義違反を理由として、「構成要件に明記されていない事情を（刑量を基礎づけ得る）量刑事情として考慮するのは一切許されない」と解するようなことは最初から問題とならない。ここでは帰責的観点を考慮する他はないと思われるが、この点については後に詳述したい（後出五(一)(1)参照）。

(16) 例えば、*Müller-Dietz*（前出注49）S. 81; *Zipf*, Die Strafmaßrevision（前出注5）S. 91, 204; *Maurach*（前出注1）S. 846 f.; *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen（前出注66）S. 330 ff.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht（前出注4）S. 423 ff.; *Zipf* in:Maurach/Gössel/Zipf（前出注3）S. 434, 435 f.（=ders. Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 29, 30 f.); *Koffka*, LK, 9. Aufl., 1971: § 13 Rn. 45 ; *G. Hirsch*, LK(前出注3) § 46 Rn. 34 ff., 51 ff.; *Dreher/Tröndle*（前出注54）§ 46 Rn. 23. 反対、*Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 29.

(17) Vgl. *Lang-Hinrichsen*, Bemerkungen zum Begriff der "Tat", Festschrift für Engisch, 1969, S. 353. 非構成要件的事情を考慮することの危険については――いささか政治的ではあるが――*Lekschas*（前出注73）S. 1283 ff. に詳しい。

(18) Vgl. *Schafheutle*, Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, 1966, S. 353; *Horstkotte*, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§13—16, 60 StGB), JZ 1970, S. 125; *Bruns*, Leitfaden（前出注3）S. 124.

(19) この点について示唆に富むのは、ゲッセル（井田訳）「結果的加重犯の共犯についての解釈論的考察」法学研究五五巻四号〔一九八二年〕九五頁以下。

㈢ 小　括

こうして、本稿の課題は、罪刑法定主義・行為責任主義を原則とする刑法において、どの範囲の事情が、如何なる理由から刑量に影響を与え得るのかを明らかにすることにある。とりわけ、ここでは、個別行為の評価とは「無関係」な非構成要件的事情がどうして量刑において考慮され得るのかが検討されなくてはならない。ただし、量刑事情は極めて広範な諸事情を含んでいる。本稿においては、西ドイツにおける理論状況を参考としながら、量刑事情のうちで「行為から生じた、責めに帰すべき諸結果(die verschuldeten Auswirkungen der Tat)」の検討を中心として考察を進めることにしたい。同時に、これに関する錯誤の問題も併せて取り扱うことにする。

最後に、刑罰理論との関係について一言しよう。シュペンデル、ブルンスが明らかにしたように、量刑事情の限界づけにあたつては刑罰目的の解明が前提となる。その意味で、この点の検討を省略して先には進めないはずである。しかしながら、現在では、責任主義の刑罰限定機能を自明の出発点とすることが可能である。もし、責任主義に刑罰限定機能を営ませようとするのなら、責任概念は個別行為に関係づけられ、「純化」されなくてはならない。責任の評価と予防の判断をできる限り厳格に分離することが量刑理論の一つの課題だと言つても過言ではない。[120]

本稿では、右のような理解を前提として量刑事情が、責任の評価、正確には「行為」の評価に与える影響を検討することにする。従つて、以下に問題とする様々な量刑事情が予防の観点の下では如何なる意味を持つかの問題[121]は一応度外視せざるを得ない。責任判断と予防的考慮との関係、換言すれば、「行為」の評価と「行為者」の評価との関係の検討については、他日を期することにしたいと思う。ともあれ、注意すべきは、責任判断と予防的考慮との関係をどのように捉えるにせよ、責任主義による刑罰限定を固持する限り、責任の程度に相応する刑量をどのように確定するかの問題に取り組まざるを得な

いのであり、従つて、本稿のテーマとするところも避けて通ることはできないことである。

以下においては、まず、量刑事情の錯誤に関する西ドイツの学説と判例を批判的に考察し、次に、非構成要件的事情の帰責根拠についての諸見解を検討した上で、最後に、解決の方向を模索することにしたい。

(120) このような認識に立脚するのは、例えば、*Zipf*, Die Strafmaßrevision（前出注5）S. 40, 66, 248; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung（前出注111）S. 15 ff., 28 ff.（シュトラーテンヴェルトの見解に反対するものに、*Lackner*, §13 StGB—eine Fehlleistung des Gesetzgebers?, Festschrift für Gallas, 1973, S. 130 ff.; *Schöneborn*, Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung, GA 1975, S. 272 ff.); *Schaffstein*（前出注102）S. 108 ff.: *Zipf* in Maurach/Gössel/Zipf（前出注3）S. 429 ff.（=ders. Die Strafzumessung〔前出注3〕S. 23 ff.).

(121) 例えば、*Bruns*, Leitfaden（前出注3）S. 84, 134; *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S. 680 ff. bes. 684 ff. 参照。