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

Title	原田國男君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2007
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.5 (2007. 5) ,p.94- 100
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070528-0094

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.

原田國男君学位請求論文審査報告

1　原田國男君が博士学位請求論文として提出したのは、同君が裁判実務に携わりながら今日まで継続してきた量刑研究を集大成した、四〇〇頁を超える著書『量刑判断の実際〔増補版〕』（二〇〇四年、現代法律出版）である。本書は、一九九七年以降、専門雑誌や記念論文集等に発表された合計一四編の論文を収めた論文集であるが、第12章から第14章は二〇〇三年刊行の初版に付け加えられた増補部分である。

第1章　量刑基準と量刑事情
第2章　量刑判断の実際
第3章　上訴審の量刑審査基準
第4章　量刑判断と犯罪事実認定上の不確実性
第5章　被害感情と量刑
第6章　違法捜査と量刑
第7章　量刑における余罪考慮の実際
第8章　社会奉仕活動と量刑
第9章　控訴審の量刑審査の現状と実務上の諸問題
第10章　上告審の量刑審査と量刑破棄事例の研究
第11章　裁判員制度の導入と量刑
第12章　裁判員制度における量刑判断
第13章　東京高等裁判所の交通事故関係裁判例の動向
第14章　危険運転致死傷罪の量刑動向

第1章「量刑基準と量刑事情」は、量刑判断にあたっての中心的概念である「量刑基準」と「量刑事情」につき、これまでの実務と学説における議論を踏まえて、著者の基本的考え方を示した重要部分である。まず、従来の量刑の理論的研究においては最も関心を集め、改正刑法草案四八条一項においてその最大公約数が示された量刑基準（当為としての量刑基準）を取り上げ、著者の立場からその位置づけを明らかにする。すなわち、それは「理念としては当然尊重されるべきであるが、実際的な量刑基準としての役割は補充的で小さいというべきである。むしろこの量刑基準は、そのよって立つ責任主義に照らして、個々の量刑事情を洗い直し、当該事情がどのような意味で量刑上考慮されるべきであるのかを吟味し、責任と予防の混同を防ぎ、

合理的な量刑課程を確立するための基準として重要な意味をもつというべきであろう。」「したがって、実際の量刑は、量刑相場を第一の手掛かりとして行うべきである。量刑における標準科刑を探求し、具体的な量刑の指針とするのが実際的である。」とする。次いで、いま一つの重要テーマである量刑事情については、犯罪行為自体に関する情状（狭義の犯情）と刑事政策的考慮に関する情状（広義の犯情ないし一般情状）を区別する実務の一般的考え方を基本に置き、学説の立場からの批判に応えるとともに、個々の量刑事情（一三項目）につきその考慮の可否と限界、考慮にあたり注意すべき事柄を逐一検討している。

第2章「量刑判断の実際」は、「地方裁判所で刑事の単独裁判を担当する裁判官が量刑の最終的判断に至る過程で考慮しなければならない種々の問題」のそれぞれを取り上げ、それらについての実務における標準的な考え方を示した上で、著者の見解を述べたものである。量刑事実の立証と認定、量刑判断の方法、量刑理由の記載に関わる数多くの実務的問題（具体的には、量刑判断に関し迷いがある場合の判決書の用意の仕方や、量刑理由の記載における用語の使い方・漢字の表記方法に至るまでの問題）か論じられている。本章は、裁判官や弁護人にとり、実務上のマニュアルとして用い得るであろうし、研究者にとっては、量刑判断の実際とそのような考え方が採られていることの実務上の理由について知るための貴重な資料といえよう。また、そこでは、学説の側から加えられる実務への批判がしばしばインパクトを持ち得ないことの理由も示されている。

第3章「上訴審の量刑審査基準」は、上訴審において行われる量刑不当の審査（刑訴法三八一条、四一一条二号）の基準について検討を加えている。そこにおいて量刑基準（当為としての量刑基準）及び量刑相場が持つ法的意味について論じられ、また、学説のいう「点の理論」と「幅の理論」の対立に言及し、どちらが実務における量刑不当の判断と整合的であるかが検討されている。後の第9章及び第10章での実務上の諸問題を検討する前提として、いわば総論的課題が論じられているものである。

第4章「量刑判断と犯罪事実認定上の不確実性」は、犯罪の事実の認定にあたり「一抹の不安」が感じられる部分がある場合や合議が不一致の場合にこれを量刑上被告人に有利に考慮してある程度刑を軽くすることが許されるか、また、犯罪事実の認定が不確定で択一的または概括的である場合に量刑判断はどのような事実を基礎として行うべきかというきわめて興味深い論点を、従来の裁判例と文献上

の議論を詳細に検討しつつ、きめ細かく分析している。これまで量刑との関わりを意識して深く論究されることがなかった問題であり、本書中でもとりわけ著者の分析が光を放ちきわだっている部分である。著者が到達した結論は多岐にわたるが、たとえば、犯罪事実認定上の「一抹の不安」や合議の不一致は量刑上考慮すべき事情ではないこと、被告人が犯罪行為のすべてを実行したが共謀共同正犯の疑いが残る場合には本来の択一的認定の問題ではなく、共謀関係がある場合よりも重く、ない場合よりも軽い範囲内で、広義の情状を含む諸般の情状を総合して量刑を行えば足りることなどを多くの事例をあげて論証している。

第5章「被害感情と量刑」は、本書の中でも最も注目された部分の一つであり、刑事訴訟法に被害者等による意見陳述の規定（刑訴法二九二条の二）が導入されたことを契機として、被害感情（さらには厳罰を求める国民感情）を量刑事情としてどのように考慮すべきかの問題を取り上げ、特に殺人の場合、交通業過の場合、強姦等の性的犯罪の場合の三つに分け、被害感情をダイレクトに量刑に反映させることに基本的に慎重な立場に立って詳細に論究している。とりわけ、著者は、いわゆる「被害感情の客観化」を主張し、被害感情をそのまま考慮するのでなく、「犯罪被害の結果生じた被害者側の客観的な被害状況ないし影響（すなわち、被害を受けたことにより、平素の生活にどのような身体的、精神的、経済的あるいは社会的な支障が生じているか）」を量刑の基礎として取り入れるべきことを述べている。これは、被害感情の考慮が無制約に刑の重さに反映させられる（その結果として場当たり的な量刑になる）ことを防ぐための優れた着想として後の議論に大きな影響を与えている。

第6章「違法捜査と量刑」は、裁判例を契機として議論されるようになった争点につき、学説の諸見解に批判を加えつつ検討を加え、捜査手続の違法が刑を減軽する事由になるものではなく、違法捜査により受けた被告人の精神的・肉体的苦痛が量刑上考慮されると解すべきであり、その理論的根拠はそれが「刑罰の先取り」としての意味を持つからであるとするきわめて明快な結論を導いている。

第7章「量刑における余罪考慮の実際」は、最高裁判例による「実質的処罰類型」と「情状推知類型」の区別を前提として、余罪考慮の具体的在り方をきめ細かに明らかにしたものである。著者が担当した事件からとられた一四のケース等の個別的事例（事実関係が詳細に示されており、このテーマについて検討する上での貴重な資料となってい

る）に即して検討するとき、上記の区別は決して容易でないことが痛感されるが、そのような状況の下で著者は説得力ある解決への視座を提供しているといえよう。

第8章「社会奉仕活動と量刑」は、被告人がボランティア活動ないし社会奉仕活動をしたことを主たる理由として被告人に再度の執行猶予を付した二つの裁判例を批判的に検討したものである。犯行後の社会奉仕活動は、それ自体が直接に社会的非難の緩和や社会に与えた損害の回復をもたらすものではなく、被告人の人格や生活態度等または被告人の反省という情状を推認させる間接的情状にとどまる、とする。

第9章「控訴審の量刑審査の現状と実務上の諸問題」および第10章「上告審の量刑審査と量刑破棄事例の研究」は、第3章での総論的検討を踏まえ、それぞれ控訴審と上告審における量刑審査の現状を明らかにしつつ、そこにおいて生じる問題点につき、多くの事例を紹介・検討しながら論じたものである（特に第10章では、二三例の最高裁による量刑破棄事例が検討されている）。そこに挙げられたケースは量刑論の重要問題を含んでおり、貴重な資料である。

第11章「裁判員制度の導入と量刑」は、司法制度改革審議会意見書が公表された時期に、特に量刑との関わりで制度導入の意義と制度の基本設計を論じた先駆的論文であり、制度に対する積極的評価を前提として明るい見通しを述べたものである。一般市民が必ずしも「重罰化」に傾くものではないこと、職業裁判官にとっても素人の意見に耳を傾けることは有益であること、ただ、制度設計に当たってはこれまでの量刑実務の良い点を殺さないような工夫があることなどを主張している。第12章「裁判員制度における量刑判断」は、制度の骨格が定まった段階で、より具体的に裁判員制度の下における量刑判断の過程の在り方を論じたものである

第13章「東京高等裁判所の交通事故関係裁判例の動向」は、東京高裁における交通事故に関する業務上過失致死傷罪の最近の量刑傾向を探ったものである。著者は、慎重に留保を付けつつも量刑傾向の上昇（とりわけ実刑率の上昇）の傾向が特に被害感情が強い場面で見られるとする。第14章「危険運転致死傷罪の量刑傾向」は、新設の危険運転致死傷罪（刑法二〇八条の二）に関する量刑傾向（ただし平成一五年まで）を明らかにしようとしたものである。特にその標準科刑（当面懲役四年前後だとする）、従来の業過や傷害致死との比較、個別的な量刑事情などに言及している。

2　現在、量刑は、学界と実務界のいずれにおいても最も盛んに議論されている刑事法のテーマの一つである。その背景には、量刑が強い社会的関心の対象となり、かつそれが実務における量刑水準の変化を生じさせ、さらに一連の法改正につながったという事情がある。しかし、量刑に関する議論が活発化するにあたり大きな意味を持ったのが、本書に集大成されたこれまでの著者の諸論文であったことも疑いがない。著者の一連の研究は、学説上も、また実務家の間でも広く注目され、近年における多くの議論を誘発してきた。

著者は、これまで第一審と控訴審の裁判官、そして上告審たる最高裁判所の調査官を経験し、各審級を通じて量刑の問題を全体として見渡してきた。本書は、そのような立場で蓄積してきた貴重な知見と経験を基礎として書かれており、これまでそのような立場にあった者にしか知り得なかった数多くの事実を明らかにしている（しかも、そこには、法制度がおよそ想定されていないような形で実務上使われている例や、珍しい実務上のエピソードに至るまで紹介されている箇所がところどころにある）。本書のその部分だけでも大きな価値を持つ。本書はすでに実務家（とりわけ刑事裁判官）の間では量刑に関するバイブルとして扱われているが、学説にとっても、今後、量刑の理論的研究を行うにあたり、本書において明らかにされている実務の在り方を踏まえずに研究を行うことはできないというべきであろう。

本書の学術的価値はそれに尽きるものではなく、その大きな特色は、実務家である著者が、学説における議論をほぼ網羅的に参照し、「学説との対話の姿勢」をはっきりと示したところにある。著者は、実務的な論点について数多くの新たな指摘を行っているが、すぐれて理論的な問題（たとえば、量刑基準の法的性格、量刑事情の範囲、不確定的な犯罪事実とその量刑における考慮、控訴審の構造など）についても、実務を踏まえつつ、かつ学界における研究を渉猟した上で、積極的に言及しており、また独自の秀でた解決を与えている。著者の基本的方法論は、実務の量刑判断の在り方の最大公約数を明らかにし、それについての著者の見解を示すにあたり、学説による議論をほぼ網羅的に検討・紹介し、ときには学説の議論を退け、ときにはそれを参考として実務の行き方に対し再検討を迫っているところである。たとえば、本書には、とりわけ当為としての量刑基準にのみ関心を集中し、かつ、量刑事情に関して

は刑法の基本原則からの演繹的思考に基づき（おそらくは過度に）限定的なスタンスを採ってきた学説に対し理論的反省を迫る主張が数多く含まれている。他方で、本書中には、たとえば、一定の量刑事情が「量刑の本来の幅の中で一ランク上の量刑を選択する」ことを許す程度のものにすぎない、といった表現がしばしば用いられるが、これは、理論的反省の上に立って、実務に対し量刑事情の「重み」に関する具体的なガイドラインを与えようとする著者の努力の現れにほかならない。また、著者は、学説により主張されている二重評価禁止原則（この原則は、ドイツ刑法典四六条三項において、「すでに法律上の構成要件の要素である諸事情は、これを考慮してはならない」として明記されている）につき、それはわが国の実務における量刑判断においても基本的に妥当するルールとして尊重されるべきだとしている。

現行実務と学界の議論を踏まえて個別の論点について本書がもたらしたそれぞれの知見が重要であることはもちろんであるが、本書が、量刑の領域において実務家と研究者とが生産的な議論を進めることのできる共通の基盤を築いたことが何よりも特筆に値するであろう。本書がその意味で文字通り量刑に関する画期的な研究であることは、すでに学界と実務界の双方において評価の一致するところである。なお、著者が、本書公刊後も、さらに重要な論文を発表し続けていることも付言しておきたい（とりわけ本書公刊後に発表され、さらなる議論を誘発している重要な論稿として、「実務の視点からみた交通犯罪」刑法雑誌四四巻三号〔二〇〇五年〕四一八頁以下、「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル一号〔二〇〇五年〕五〇頁以下、「量刑理論と量刑実務」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』〔二〇〇六年〕二七九頁以下がある）。

本書は、わが国の量刑研究におけるエポックメイキングな書物として、量刑研究の水準を高めたが、もちろん未解決のいくつかの問題がなお存在することをそれだけ強く意識させるものともなっている。たとえば、著者が前提としている「責任」概念の内容がいかなるものであるのか、特に、常習性や前科・前歴により左右される責任概念とはいかなるものであるのかについては必ずしも明らかではないし、責任、一般予防、特別予防の相互の関係についても詳しい言及はない。また、たとえば、第3章及び第9章・第10章においては、上訴審の量刑審査基準として、学説における「点の理論」と「幅の理論」に示唆を受けつつ、「点による審査」と「幅による審査」という対概念が分析の道

具とされている（基本的には「幅による審査」が妥当するが、原判決が死刑の結論であった事件については「点による審査」となる、とされる）。それはそれなりに有効な分析であると思われるが、学説にいう「点の理論」と「幅の理論」とは必ずしも合致しないように思われる。

ただ、これらの点の理論的解明は、研究者の側に課せられた課題というべきであろう。

3　以上を要約すれば、本書は、わが国の刑事法領域の研究において画期的意味を持つ論文集であり、その学術的価値はきわめて高い。それは、著者の長年にわたる実務経験の蓄積と地道な理論的考察なしには成し遂げられなかった貴重な労作であり、学界における理論研究にも、また量刑の実務にも大きな影響を与え、今後も与え続けることであろう。結論として、審査員一同は、原田國男君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適切であると判断するものである。

平成一九（二〇〇七）年二月一九日

主査　慶應義塾大学大学院法務研究科・法学部教授　安冨　潔
博士（法学）（慶應義塾大学）

副査　慶應義塾大学大学院法務研究科教授　法学博士　平良木登規男

副査　慶應義塾大学大学院法務研究科教授　法学博士（Dr. Jur.）　井田　良