

量刑責任の刑罰限定機能について (1)

本 庄 武

目次

I はじめに

II 量刑論における責任と予防の関係について

1 幅の理論

- (1) 責任の客観的实在
- (2) 複数の責任相当刑
- (3) 責任の幅の性質
- (4) 責任の幅の超過
- (5) 責任の幅の限界値

2 点刑罰論

- (1) 近似値としての責任相当刑
- (2) 社会的創造行為としての刑罰
- (3) 出発点としての責任

3 予防目的の重視 — 「(可罰的) 責任刑」の確定

4 まとめ — 量刑モデル論の実質的意義

- (1) 責任主義の貫徹
- (2) 責任主義の形骸化のおそれ

III 量刑責任の構造

1 量刑における行為概念について

- (1) 拡大された行為概念 (以上, 本号)

I はじめに

責任主義は、歴史的には故意・過失のない者の処罰を排除し、また現在では

規範的責任論の帰結として、その行為を非難し得ない者に対する処罰を排除するという機能を担っている。一貫して刑罰を限定する役割を担ってきたこの原理は、刑法の基本原則として、理論的には極めて重要な地位を占めている。しかし、現実の裁判の場面で責任主義が有効に機能し、責任阻却により無罪となる場面は極めて限定的である。恒常的にみられるのは、年に数件みられる責任無能力による無罪ぐらいであろう。

他方、我が国の刑事裁判では周知のように有罪率が99%を超えている。大部分の事件では、犯罪事実そのものについての争いはなく、焦点は専らどれくらいの刑罰が科されるかにある。被告人にとっても量刑は一大関心事であり、もし自らの責任の程度以上の刑罰が科せられるならば、耐え難い苦痛を感じるであろう。ここに量刑における責任主義の重要性が見出される。にもかかわらず量刑における責任主義の位置づけには理論的に不明確な所があるように思われる。これを解明し、裁判官に適正な量刑を要求する⁽¹⁾ための前提を作ることが本稿の課題である。

なお責任主義には2つの意味があると解されている。一つは、「責任がある」とされた以上、その責任は必ず刑罰で清算されなければならない」という意味であり、責任に刑罰を構成する機能を認める立場である。この立場からは、犯罪論上責任がある場合は必ず刑罰を科さなければならず、量刑論上も責任の量を下回る刑罰を科すことは否定されることになる（積極的責任主義）。刑罰論としては応報刑論に対応している。それに対して、前述の「責任なければ刑罰なし」という意味での責任は刑罰限定機能を営む。責任にこの機能のみを認める立場からは、犯罪論において責任がある場合でも必ずしも刑罰を科す必要がないとされ、また量刑論において責任の量を下回る刑罰を科すことが承認される（消極的責任主義）⁽²⁾。刑罰論としては責任の清算を不要とする目的刑論の立場に相当する。このうち後者のみを認めるか、両者とも認めるかについては、争いのあるところであるが、本稿はこの論争には触れずに、責任主義の刑罰限定機能のみに注目し、これを量刑過程でいかに実効的に機能させるかに的を絞って論じることとする。

II 量刑論における責任と予防の関係について

量刑論において責任の刑罰限定機能の貫徹を図るためには、まず量刑におけ

る責任が何を意味するのかが明らかにされなければならないはずである。しかし、伝統的な量刑論においては責任と予防を巡る議論は、量刑責任の内容について深く言及することなく、漠然と犯罪要素の総体という意味での責任が、一般予防・特別予防といった予防的考慮とどのような関係にあるか、について論じられてきた。これを、責任と予防の関係をめぐる量刑モデル論の争いと呼ぶことができるであろう。本稿でも、量刑責任の内容についてはひとまず棚上げした上で⁽³⁾、量刑モデル論について論じていくこととする。

量刑モデル論においては、責任主義の2つの側面に対応して、責任に相当な刑罰を予防的考慮から上回ることと下回ることの両方が問題となるのであるが、本稿の問題意識からすれば、専ら量刑責任の提示する刑罰量を予防上の必要性により超過することができるのか否かという問題のみが重要である。そして従来、量刑における責任と予防を巡る争いは、責任が具体的刑罰量に置き換えられる際に特定の点として表されるか（点刑罰論，Theorie der Punktstrafe），それとも幅として表現されるに止まるか（幅の理論，Spielraumtheorie）という問題と関連して論じられている。この議論状況を踏まえて、以下でもその区別に従い、それぞれを論じた上で、責任を予防目的から基礎づける第3の見解の検討を経て、量刑モデル論の意義について述べることにしたい。

1 幅の理論

幅の理論は、ドイツで支配的見解とされており、連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof，以下BGHと略）においても採用されている理論である。BGHははじめて幅の理論を支持することを表明したのは、次のような事案においてであった。

原審は、生後19ヶ月の娘の謀殺と謀殺未遂を犯した被告人は、犯行時、精神薄弱の結果著しく制御能力が減少しており、それゆえ責任能力が減少していた、と認めた。しかしそれにもかかわらず、刑法51条2項（当時）が予定する任意的な刑罰減輕を認めず、無期懲役を科した。それに対して、法的に誤りのある衡量がなされたとして上訴がなされた。BGHは、それを理由がないとして棄却したのであるが、その際以下のように述べた⁽⁴⁾。

「どのような刑罰が責任相当であるかについては、正確には決定されない。ここでは、下方においては既に(schon)責任相当な刑で、上方においてはなお(noch)責

任相当な刑で限界づけられる幅が存在している。事実審裁判官は、その上限を超えてはならない。すなわち、その程度と種類によって、もはや責任相当と感じられないほど重い刑罰を科してはならない。しかし、彼は、この幅の中でどの位高い刑罰を把握すべきかについては、自らの裁量によって決定することが許されている。通常の場合に無期懲役のみが予定されている法律にあっては、この事案のように、行為者の責任能力が著しく減少している場合、この刑罰と有期懲役刑は同時に幅の中にある。責任能力の著しく減少した行為者の同一の謀殺にとって、15年の懲役刑は既に責任相当と思われ、しかし無期懲役刑もなお責任相当と見なされるということは、一貫してあり得るのである。事実審裁判官が、そのような場合に彼の選択しうる様々な責任相当刑の中から、一般威嚇の思想に従ってより厳しい刑罰を選択するとしても、それは法律上の誤りを意味しない。』⁽⁵⁾

この判決においては、責任能力が減少した行為者に対する責任評価の幅（同様な意味で「責任枠(Schuldrahmen)」という言葉も用いられる）が、完全責任能力者に対して予定されている無期懲役刑を含むと判示されている。この判断には問題があると思われるが、それについては後に触れることとして、ここではこの判例をもとに、幅の理論について問題となりうる点について確認しておきたい。

(1) 責任の客観的実在

第1に、ここで責任相当刑に幅があること、すなわち責任相当刑が枠を形成することの根拠とされているのは、責任に相当する刑罰を「正確には決定できない」ということである。これについては、責任そのものに幅があると考えなのか、あるいは責任そのものには幅はないが、それを具体的な刑罰量に置き換える際に、人間の認識能力の限界から、例えば懲役3年というように一義的に決定され得ないだけであると考えるか、という2通りの考え方があり得る。なお、通常幅の理論と呼ばれているのは前者のみであるが⁽⁶⁾、ここでは責任に相当な刑罰が一点では確定しないという結論を捉えて、両者とも幅の理論と考えることとする。

ドレーアー⁽⁷⁾はこの問題について前者の考え方をとり、「固定的に確定した責任相当刑は存在せず、しかもそれは主観的不可能性故に認識され得ない。すなわちそれは既に客観的に存在しないのである」と主張し、その根拠を述べる。

まず「責任相当刑が正確に決定され得ない」という判例の文言は、幅の中に異なる責任相当刑が存在するということを客観的に表現したものである。さもなければ、幅の上限と下限における刑罰の大きさは、責任相当刑としてではなく、「その中に唯一の責任相当刑が見出され得る領域のあり得る限界価値」としてのみ表現されたはずであるからである。更に、後者の考え方では、予防目的の考慮により幅の中で上方に移動する刑罰が、現実には唯一責任相当な刑の程度を越えてしまう、ということを経受しなければならないはずである。また、責任が客観的に存在するとなると、確かに唯一責任相当な刑罰を主観的に認識することはできないが、それを含む限界は認識することができる、という理論を支持しなければならないはずである。その場合、なぜ、幅の限界価値が認識可能であるならば、唯一責任相当な刑はこの幅の正確な中間に存在し、同様に認識可能であるということにならないのであろうか。ドレーアーは「以上のことから、私は幅の理論を正しく解釈したと信じる」⁽⁸⁾と述べるのである。

一方、アルトゥール・カウフマン⁽⁹⁾は後者の考え方を支持する。彼もまた「責任は形而上学的な現象であり、責任原則に固執する理論であっても、絶対的に正しい刑罰へ到達するための程度原理について述べることは出来ない」ということを認める。しかし「形而上学的な認識の不明確性は、形而上学的な対象の不明確性を意味しない。責任の程度が明確に確定され得ないということから、責任刑とは一般に確定した大きさではなく、多かれ少なかれ広がりを持つ幅の中で動き、下方では既に責任相当な、上方にはなお責任相当な刑罰で限界づけられる、ということを経受することは、許されない。このような幅の理論は、問題の認識論的側面と存在論的側面を混同しているのである」として、そもそも客観的に責任は確定し得ないという見解を批判するのである⁽¹⁰⁾。

この二つの見解⁽¹¹⁾のうち、どちらが妥当であろうか。ここで、まず確認されなければならないのは、カウフマンの批判が責任の実質という根本問題にかかわっているのに対し、ドレーアーの批判は、認識のみができないという説に立った場合の不都合を挙げるのみで、自らの説から責任の実体がどのように考えられるかについての言及がない。それについては捨象され、量刑実務と調和した矛盾をきたさないような理論構成を行おうと、心がけられているように見受けられるのである。

そこで、ドレーアーの言う「責任が客観的に確定し得ない」ということの意味が問われなければならない。仮にそれが、責任は明確な実体を欠くため漠然としてしか存在し得ない、ということならば、責任の程度を刑罰量に変換することはおよそ不可能ということになる。この理解はあり得ない。そうではなく、責任の程度には存在論的に幅があるということであれば、今度は責任の実体が問題となる。量刑における責任の実質が何であるかについては争いがあるけれども、それが直観的に判断されるものでないならば、犯罪論で犯罪の有無を決するために考慮されているような諸要素と同じような性質を持った諸要素で構成されているはずである。少なくとも、現在刑法学で犯罪を構成するとされている個々の要素については、例えば過失の予見可能性の程度、不作為犯の作為義務違反の程度等をとってみても、存在論的にその程度が確定し得ないと言われているようなものは存在していない。もし総体としての責任が、このような個々に明確化されうる要素の集合体であるならば、認識できるかはともかくとして、存在論的には特定の程度として存在するはずなのである。犯罪論の精緻な議論を量刑論にも活かしていこうという立場からは、なおさらこのことは是認されるであろう。責任が客観的に確定し得ないという主張は、承認できない。

以上のことは、客観的責任が、主観的認識とは別個に存在していることを前提とした話であった。しかし、この前提を疑う者もいる。ノイマンは、責任の程度は、歴史的文化的に変わりうる社会ならびに法秩序の規則から決定されるので、「責任帰責に関する全ての規則は、それに基づいて我々が責任の程度に関して個別の場合に決定し、その限りで責任の程度について『認識する』ための要素に関連している。この要素は、それに依存せずに存在する行為者の責任について認識することを可能にするための徴表ではなく、この責任ならびにその程度をまず第一に構成する基準なのである。この基準が不明確であれば、そこから形成される結果も必然的に不明確になる」⁽¹²⁾と主張している。この主張は、要するに、責任の存在はその認識から切り離せないものであり、認識を離れた客観的責任を想定することはナンセンスだ、という主張だと考えられる。責任を構成する諸要素は、確かに人間の世界に生の形で存在する事象ではなく、その中から法的観点から重要だと思われるものを抽出・精製したものであるので、その意味では認識を離れて存在し得ない、とも言える。しかし、同時にそ

れが純粋な認識の産物でもないことも明らかである。本来自然界に存在していた諸要素に対して、一応認識から離れたところで、その存在が確定しているものと想定することは、決して不当なことではない。結局、どちらの言い分にも、それなりの説得性があるように思われる。

そうすると、この論争を決するのは、どちらが思考モデルとして有用か、という観点になってくるように思われるのである。

(2) 複数の責任相当刑

更に、ドレーアーの批判を検討することとする。彼は、例えば懲役3年という形で現れる幅の下限は、責任相当刑としてはではなく、そこが責任相当である可能性を有する範囲の下限として表現されるはずだ、という趣旨の批判を展開している。ここには、責任相当刑を主観的に認識することの困難性について、誤解が存在しているように思われる。この批判は、存在論のレベルでは責任を刑罰に移し替えるとき、責任の特定性も同様に刑罰に移し替えられ、故に責任相当な刑罰は一点に特定し、責任の幅とは責任相当である可能性を有する値の幅である、ということを前提としている。しかし、抽象的に存在する責任と具体的に存在する刑罰では、自ずとその性質が異なるはずである。具体的な存在とは、数量化が可能な存在という意味である。しかし、抽象的に存在するものを数量化することは出来ない。すなわち、責任が存在論的に確定するといっても具体的な数値として存在するわけではないので、それを刑罰に変換する際には、責任相当刑として複数の数値が包含されうるのである。故に、幅の限界値であっても、それはなお（既に）責任相当刑なのである。このことを前提とすれば、ドレーアーの他の批判も当たらないことは明白であろう。

BGHは、無期懲役と15年の有期懲役について、同じく責任相当であると述べている。責任相当刑の幅の中に、複数の刑罰量が包摂されている、という理解がこの文言の素直な理解である。まさに、上記の解釈はこれに適合している。以上により、ドレーアーの解釈は支持できないことが示された。責任に何等かの実質があるということを前提とすれば、責任相当刑は客観的には特定しているが、主観的に認識が困難であるという理解が、幅の理論の正しい理解なのである。

(3) 責任の幅の性質

しかし、このような解釈を承認しない学説も存在する。この問題は、責任の幅の性質に関わってくる。上記の理解によれば、幅の中は、一律に責任相当であり、幅の中間であろうと下限であろうと、等しく責任相当でありその責任相当性の程度には差がないことになる。

しかしフリッシュ⁽¹³⁾はこれとは異なる理解を示す。フリッシュは一定の場合に責任相当な刑罰について尋ねられた者は、原則的には、まずはじめに一定の幅を提示するであろう、ということを容認する。しかしそのことから、責任刑は「枠」であり正しい責任刑の領域というものが存在する、と推測する者がいれば、単純な誤りを犯している、と批判するのである。それによれば、このような責任枠理論が矛盾していることは、予防目的が承認され得なかったり、特に必要とされない場合に、責任刑の確定のみが重要であるような状況では特に明確になる。この状況では、裁判官は特定の刑量という意味の責任刑を確定しなければならない、枠に止まることは出来ない。それゆえ、「責任枠理論によって強調される責任相当な程度の幅は、現実には法秩序に対応する責任刑ではない。それはむしろ責任刑の具体化への途上にある思考上の中間産物そのものである。」⁽¹⁴⁾

このようなフリッシュの指摘に対して、ブルンスも賛意を示す⁽¹⁵⁾。責任刑は区間 (Strecke) ではなく、一定の枠内で上下しうる (bewegen sich) ものである。「故に、ある同一の責任枠の中でも、様々な程度に確定しうる責任刑は上下しうるものである、両者の観点は同一ではない。」⁽¹⁶⁾

この両者の見解については種々の疑問がある。まず、フリッシュは予防の観点で考慮に値するものが全く存在しない場合を想定しているが、このような場合は果たして存在するのであろうか。少なくとも両者が完全に一致するという立場を採る場合以外は、予防に独自の意義が認められるはずである。しかも仮に予防の必要性がない場合であっても、その予防の不要性ということ自体、マイナス方向で刑罰の量に影響を与えることは否定できない。そうすると、幅の理論において純粋に責任の観点だけで判断を下さなければならない場合は、およそ存在しないように思われるのである。更に、幅の理論は責任刑の主観的認識の困難性をその出発点としていたのであるが、フリッシュの場合はその間

題はどのように扱われるのか不明である。

また、通常の、予防の必要性が存在する場合の判断はどのように行われるのかについても、この図式では明確ではない。予防の必要性があればそれのみで最終刑まで到達し、なければ責任の観点のみで到達するということであれば、そのような区別はいかにも不自然である。そうではなく責任枠の形成後にも、予防の観点と責任の観点を両方とも加味して具体的刑量を決定するのであれば、今度は両者の関係が曖昧となる。フリッシュの見解は量刑モデルとしては依然として不明確なままに止まっており、支持することは出来ないのである。

それだけでなく、責任枠を裁判官の認定過程における中間産物である、と捉える考え方もなお明確ではない。これが仮に最終段階では責任枠というものは消滅し、唯一責任相当な責任刑が残るのみである、という主張だとするならば、このような考え方はもはや幅の理論ではなく、むしろこれは、唯一の責任刑を強調する点で点刑罰理論の一亜種ではないのか、という疑問を禁じ得ない。それを別にしても、ブルンスは、この見解を、判例の幅の理論の正当な理解として支持しているのであるが、その立場から前述のBGH判例はどのように説明されるのであろうか。BGHは、無期懲役刑、15年の有期懲役刑共に責任相当だと判示している。ブルンスの立場からは、この判例は、両者とも暫定的には責任相当であるが、最終的には無期懲役のみが相当で、懲役15年は不相当であるということが判明した、というように読まれることとなるが、判例がこのような回りくどい判示をわざわざ行うというのは考えにくいように思われる。

あるいはブルンスの主張は、責任枠は最終段階に措いても一応残存するが、その中でも責任相当性に差があり、BGHの場合では無期懲役の方がより相当であった、と判断されたという趣旨なのかもしれない。ノイマンの言葉を借りれば、「責任相当刑の領域が曲線を形成し、その頂点が正確な責任相当刑によって示されるような、幅の理論のモデル」⁽¹⁷⁾ ということになろう。このように理解すれば、中間段階で責任枠を形成することにより正確な責任相当刑から離れうる限界を明示し、その中で改めて予防的考慮（あるいは責任の考慮も含む）を行うことにより、最終的な刑量を決定するということになり、比較的明確なプロセスが提示できる。

しかし、ここで留意したいのは、責任相当刑は曲線を形成するのであるから、頂点からの逸脱は当然に上方への逸脱、すなわち刑罰を加重する方向への逸脱

も許容されることになる、ということである。言うまでもなく、正確な責任相当刑とは、行為者の犯した犯罪に対してもっとも適切に対応した法的効果である。たとえ責任枠の範囲内であっても、それを超過すればするほど、その責任相当性は減弱していくのである。特に、責任枠が自在に伸縮するものであれば、その限界付けも有名無実化し限りなく薄められた責任相当性のみが残るおそれがある。そのような刑罰はもはや責任主義を実現しているとは言えないのではないだろうか。

以上により、責任の幅の性質としては、その範囲内にある刑罰量は全て等しく責任相当であると考えべきなのである。

(4) 責任の幅の超過

次いで、前述の判例では法定刑の上限が責任枠の中にあるとされたため、言及されなかったものの、責任相当刑が形成する幅を、予防目的の考慮により超過することができるか、という問題がある。責任主義を貫徹すれば、当然このことは排斥されるべきであるし、そもそも幅の理論とは、責任には幅があるからその枠内で予防的考慮を行う、という形で両者を止揚することを目指して構想されたのであるから、その上更に予防的考慮からの責任刑の超過を認めることは、当初の意図に反することになり、なおさら認められるべきではない。

これについては、ロクシンも批判を展開している。すなわち、責任主義は、量刑においても国家刑罰の介入に対して限界を設定する自由主義的保護目的を有する。故に、一般予防特別予防の必要性がない場合は、刑量が責任の形成する幅を下回ることは許されるが、反対に予防の必要性の考慮により責任枠の上限を超えることは、責任主義を害するが故に許されない⁽¹⁸⁾とされるのである。一般予防の考慮に関して、彼は、先のBGHの判例に反対して、責任枠の範囲内であっても威嚇一般予防の考慮により刑を加重することは禁じられるとし、その理由として、法律が、潜在的犯罪者に対して恐怖を与えて犯罪実行への衝動を抑制するという威嚇効果について言及していないことと、威嚇効果が経験的に確証され得ないことを挙げている。このことから当然に幅を超過する考慮も禁じられることになる。また特別予防については、刑事制裁について二元主義をとる国では特別予防的理由から責任の幅の超過を認めるならば、第2の制裁すなわち改善保安処分は不要になる、ということが挙げられている。

この見解に代表されるように、幅の理論を支持する学説は、幅を超過した予防的考慮を厳格に拒絶するのである。このような傾向は、責任主義の刑罰限定機能を重視する立場からは、基本的には是認されるべきものであると考えられる。

もっとも、ロクシンのように予防の有効性を強調する論者が、責任による限定を強調していることは、幅の理論の性格を暗示しているようにも思われる。つまり、幅の理論は、そもそも量刑において責任主義を実現するためにではなく、予防的考慮を十分に行いながら、且つ責任主義と抵触しないための理論として考え出されたのではないか、ということを示しているように見えるのである。そうであれば、幅の超過を認めることは当初の意図に反することでもあり、それを拒絶するのは、ある意味では当然の帰結であるということになる。このような観点から、幅の理論と責任主義との関係は、再考する必要がある。

なお、この点に関して保安処分制度を持たない我が国では事情が異なるとする見解がある。井田良は、一般論としては予防的考慮は責任刑の枠内で行わなければならないとしつつも、保安処分制度が存在しないことを根拠として、「判決時に特別予防の必要性が明白に認められる例外的な場合（たとえば、常習累犯者など）」に責任刑を上回ることを認める⁽¹⁹⁾。確かに、裁判実務においてそのような考慮がされている可能性はあり得るが、そのことを理論的に容認するかどうかは別の話であり、容認すべきではない。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し、そのための経験的論証につとめるべきであろう。責任主義という刑法の根本原理かつ人権保障のための不可欠の原理に関する以上、立法の懈怠を国民の負担において解消することは許されない。また、厳格な要件の定立なしに安易に保安処分的刑罰を認める場合、運用がルーズになることは避けられないであろう。我が国においても、責任主義の例外は認められるべきではない。

(5) 責任の幅の限界値

最後に、幅の超過禁止が厳格に守られるための前提として、限界値の認識可能性の問題が提起される。幅の理論では、責任相当刑は主観的認識の困難性故に、一定の幅で表されるとされたのであるから、幅としては認識可能であるはずである。そうであれば、責任枠の上限と下限は特定のものとして認識されるはずではないか、という問題である。BGHは無期懲役と15年の有期懲役は幅

の中に入っていると述べてはいるが、責任枠の上限が無期懲役で、下限が15年であるとは述べていない。確かに、15年が責任枠に収まっているが、14年ははみ出している、といった判断は通常は困難であると思われる。そこで、「責任枠の限界が流動的で厳格でないにもかかわらず、『著しい超過』について気づき、少なくとも消極的に、ある刑罰の責任原理との両立不可能性を非難することはできる」⁽²⁰⁾と答えられることとなる。

ドレーアーは、この解答について幅の理論を激しく批判する。「特定の刑量の存在に対する全ての反論は、特定の大きさの限界が客観的に存在することに対して適用される。」確かに、明らかに不適正と見なされる刑罰量は、上方と下方に存在するであろうが、明らかな不適正の直接の限界は見出されない。「一定の幅の中では全ての刑罰価値が同様に責任相当であり得るが、特定の価値の前後は直接に確実な責任不相当の領域が始まるという観念は、基礎を持たない」⁽²¹⁾のである。

この批判に対してもまた、主観的認識の困難性が強調されなければならない。責任枠の中にある刑量は全てが等しく責任相当であるという考え方からは、存在論的には確かに責任相当と責任不相当との境界が明確に存在するはずである。しかし我々の認識能力は、それを明確に判断することを阻み、極端に責任枠を逸脱した事例のみを認識させるに過ぎない。ドレーアーが言うように、直接の限界は認識され得ないのである。これは主観的認識の限界を承認した上で量刑理論を構成している以上、不可避の問題であり、同時に責任枠の弛緩を産み出す原因でもある。限界が存在しないが故に、「幅の理論を認めたとしても、その実際の適用にあたり、まず応報原理によって幅を設定し、そのうえで刑罰目的を考慮するという補充理論ないし本来の幅の理論をとること」がきわめて困難になり、「むしろ現実的には、刑罰をまず行為者の観点により決定し、そのうえで正しいと思料される応報の程度によってこれを限定するという限定理論をとらざるをえないことになる」⁽²²⁾可能性があるのである。

責任判断と予防判断の順序については、より安定的な判断を優先させるという点からも、犯罪論と量刑論の連続性を重視するという観点からも、まず責任判断が行われなければならないのであるが、それを担保するには幅の理論だけでは不十分なのである。限界値の問題には、幅の理論の量刑モデル論としての

限界が現れているように思われる。責任の刑罰限定性を十分機能させるためには、抽象的に責任を論じるのではなく、責任の構造について明らかにする必要があるのである（本稿Ⅲ参照）。

2 点刑罰論

一方の点刑罰論については、その支持者の中に様々な立場が含まれているが、責任に相当する刑罰は一点で決まると主張することに共通性が見いだせる。

この立場を厳格に貫いた場合は、専ら責任の観点のみを考慮することにより量刑は行われ、予防的考慮は一切排除されることになる。しかしこれは、行為者の将来の生活への刑罰の影響を考慮するものとするドイツ刑法46条1項第2文の規定と相容れないであろう。のみならず、広義の量刑すなわち刑の執行形態を含めた行為者に帰せられるべき法律効果の全体について、予防的考慮を完全に排除して行うという純粋な点刑罰論の立場はもはや採り得ず、且つ皆無であると思われる。そこで点刑罰論に分類される見解も何等かの形で予防的考慮を行う余地を認めている。

(1) 近似値としての責任刑

アルトゥール・カウフマン⁽²³⁾は、実務における量刑の現状について、責任主義が貫徹されておらず、責任外の異質な要素が考慮されていると批判する。例えば限定責任能力者に対して任意的減軽しか用意されていないことがその表れだというのである。しかし広く普及した見解は、幅の理論を用いることで、そのような現状に責任主義からの逸脱を見ていない。それに対して、彼は「責任は常に固定し特定した大きさを持っており、そこから正しい刑罰は常におよそ一つしかないのである。そのことは論理必然的に、責任刑法内部でのあらゆる責任外の事情の考慮には原理の犠牲が存在しているということを意味するのである。」という立場を貫くのである。

他方、彼は、責任は形而上学的現象でありその正確な認識は不可能であり、「その限りで我々の合理的な認識にとって、実際、責任は一定の枠内を上下する」⁽²⁴⁾と認めるのであるが、それにもかかわらず「ただしそこから、刑罰の確定にとって責任以外の観点が決定的であってよい、ということは導かれない」と述べている。

更に、責任刑が合理的な手段を用いて明確に決定され得ないという事情から、裁判官が責任相当刑を判断する際には、伝統的要素すなわち慣習・風習・裁判官習俗も役割を果たすとし、「この伝統の中には、刑罰は責任の程度だけではなく、不法の程度や結果の重大性、予防の観点や行為後の態度によっても決定されるという思想が、確固たる地位を占めている。量刑の領域においても、責任主義の実現には、自由に飛び越えることが出来ない限界がある。およそ現実離れした教条主義は、誤った幻想を導いてしまう。絶対的な意味での責任刑は、我々が常に近似的な方法でのみ達しうることができる理想なのである」⁽²⁵⁾と結論するのである。

カウフマンの主張は結局のところ、現実の壁に阻まれて責任主義の追求を断念するものと言えよう。しかも、その現実とは、認識論的に裁判官が責任相当刑を正確に確定することはできないというだけでなく、量刑実務の伝統に雑多な要素が混入しているということをも理由とされているのである。しかし、彼の主張を前提とすると、その理想としての責任刑は、決して到達し得ないものであるばかりか、実現可能性が全くないのであるから、その内容について想起することも不可能な、およそ非現実的なものとならざるを得ない。これでは、過度の理想主義であるとの批判も甘受しなければならないだろう。それだけでなく、裁判実務の伝統を不可侵のもののように考えて、責任主義の限界を認めてしまえば、後に残るのは予防的考慮のとめどもない流入である。彼の言う伝統的要素は混沌としたものであり、そこでは責任が予防的考慮を抑制するメカニズムは示されていない。理論的完結性を重視するあまりこのような事態を容認することになっては、本末転倒ではないだろうか⁽²⁶⁾。

実務上の裁判官慣習についても、一概に不変のものだとは言えない。カウフマンが問題視した実務とは、意識的に予防的考慮を混入させ、量刑判断を行っているものである。それに対して、伝統的要素には、長い間に慣例化し無意識のうちに判断に影響するような要素も含まれている。後者を是正するのは確かに困難であるかもしれないが、前者の意識的な予防的判断は、学説において説得性を持ってその理論的不当性を論証し、それを裁判官が受容するならば、なお排除しうるものである。両者を区別することなく諦念することには強い疑問を覚える。他の箇所でも、責任主義の重要性を強く訴えるカウフマンだけに、な

おさらこのような態度をとっていることが批判されるのである。

(2) 社会的創造行為としての刑罰

次に、幅の理論を批判するドレーアー自身はどのような見解を採っているのだろうか。彼は、幅の理論を批判する一方で、一定の行為に「はじめから」行為者の責任に対応する唯一の刑罰のみが存在する、という意味での点刑罰論をも批判する。彼は、刑罰とは現世の裁判官によって科される社会的現象である、という認識から出発する。そして、裁判官の量刑は立法者の法定刑の枠設定に基づいてなされ、法定刑が変更されればそれに伴って変更されうるのであるから、適正な刑罰は、歴史的に設定され変遷しうる法定刑によって統制されている。また、刑罰や責任という観念自体も不断に変わりうる歴史の流れの中で推移しており、更に、その歴史の流れというものも各個人毎に異なる速さで流れているのであるから、たとえ特定の時代状況の下でさえ、具体的な行為のための明確に特定した刑罰というものは存在しない、とする。そして「正しい刑罰とは、裁判官自身による創造的社会的行為の結果である。彼が正しい刑罰を形成するのである。それは決してそれが恣意的なやり方をされることを意味しない」⁽²⁷⁾ と述べ、法定刑・生きた伝統・刑罰の社会的機能の充足・行為者の責任清算といった基準がそれを担保するとしている。

ドレーアーは、幅の理論だけでなく、行為に対して唯一責任相当な刑罰がはじめから存在し、裁判官がそれを発見する、という意味での点刑罰論をも否定している。その主眼は正しい量刑は裁判官が当該裁判過程を通じて、社会的な諸要素の影響を受けつつ「創造」するものである、ということにある。但し、その創造の結果、唯一責任相当な刑罰が産み出されるのであるから、なお点刑罰論に分類しうる主張である。

この見解は、裁判のプロセスに沿って忠実に量刑をモデル化しており、その意味で実地的であると言える。また本稿の立場からも、客観的に責任の程度が存在するとしても、認識の限界がその正確な知覚を妨げるのであるから、裁判官が、自らどのような刑罰が責任相当であるか考える、というプロセスは必須のものなのである。それを発見と呼ぶか創造と呼ぶかは、呼称の違いに過ぎないようにも思われるが、責任相当刑の所与性を一切否定し、全ては当該事例に

遭遇した段階で裁判官によって創造されとすることは、量刑判断の理論化を拒絶する点で妥当ではない。また、量刑判断に間主観性を持たせるべきであるという立場とも整合しにくいであろう。また、ドレーアーは同一の事案であっても判断者が異なれば量刑が異なりうる、という事態を意識したのかもしれない。そのようなことは確かに想定しうるのであるが、しかしそれも幅の理論によれば解決できる問題であるように思われ、必然的に社会的創造説に至るわけではない。

そして、ここで最も重要なことは、この理論による予防目的の処理方法である。ドレーアーも執筆しているコンメンタールによると「(筆者注：ドイツ刑法46条) 1項第1文によれば責任は量刑の基礎に過ぎないので、刑罰がその規定に対応して正しい責任清算に止まり続ける限りにおいて、行為者へ作用を及ぼすための(筆者注：責任相当刑からの)逸脱は上方にも下方にも許される。」⁽²⁸⁾と述べられているのである。更に、ドレーアーに類似する社会的形成行為説を支持するイエシェックは、「裁判官は自らの解釈に従った責任相当刑(点刑罰)から出発し、これは他の刑罰目的のために様々な制裁可能性との結合によって修正される、というように量刑行為は理解される。それは刑罰が法共同体に支持され得る出発点との内的関係を維持する限りにおいて、その出発点から逸脱することが許されるのである」⁽²⁹⁾という理解を示している。これらの見解は、責任相当刑から本質的に乖離しない程度において、責任相当性の超過を認めようとするものである。しかし、そこでの「出発点との内的関係」といった曖昧な限定では、どこまで責任を超過してよいかまったく明らかではない。実際に正しい責任清算に止まりうるあるぎりぎりの線において行われたと称する量刑とは、予防的考慮をふんだんに行った後に理論的整合性のみを保とうとするものである可能性が高い。

そればかりか、「正しい責任清算である限り」という留保は、既に責任相当刑を超過している時点で破られてしまっているのではないだろうか。責任主義は、行為者の責任の程度までしか刑罰を科してはならない、ということ含意しているし、それ自体は、社会的形成行為説を唱える論者も異論ないであろう。しかし、この説の実態は少々の責任超過を認めるものであり、責任主義を潜脱していると考えられるのである。刑法における人権保障の柱ともいうべき基本理念がこのように緩やかに解されてよいはずはない。量刑モデル論として見た

ときに、この説は厳に否定されるべきである。

(3) 出発点としての責任

次いで、現行ドイツ刑法46条と同内容を持つ1970年改正法13条の起草に関与したホルストコッテの見解⁽³⁰⁾を取り上げたい。彼は、46条1項の「責任は量刑の基礎である」という文言の解釈に当たって、法案を審議した特別委員会での議論を参照する。それによると委員会が「刑罰は行為責任の程度を超過してはならない」⁽³¹⁾ という規定を採用しなかったのは、特別予防上の理由から刑罰が責任の程度を超過する必要があるのではないか、という異論が出されたためである。もっとも、幅の理論を採用するならば、この超過も幅の内部に収まっているという形で矛盾は回避され得るのであるが、学説中には点刑罰理論を主張する者もあり、それらの者からすれば規定との矛盾は不可避となってしまう。それゆえ、責任超過禁止案は否定された。その他にも、責任の程度を正確に認識することは出来ない、責任の程度を超過することを禁止することは上訴審にとって過剰負担である、超過禁止を規定する場合、責任の程度の下回りという困難な問題を規制する必要性が出てくる、といった批判が出され、結局、責任基礎案が採用されたのである。

このような経緯を踏まえて、ホルストコッテは「量刑の『基礎』(1項第1文)は、量刑の観念的な出発点(土台)という意味での責任である。『基礎』という表現は、私見では、ここで刑罰の意義や量刑の最上位の原則に関する表明がなされている、あるいは責任には量刑にとって他の観点よりも重要な意義が付与されている、という意味で解釈されてはならない」⁽³²⁾ と述べる。そして刑罰が責任に方向付けられたと見なしうる、という限界内での特別予防的な理由による責任の程度の超過を容認するのである。

この説は、責任自体が幅であるか点であるかという争いに直接答えていない。しかし、出発点という言葉、責任の程度の超過・下回りを容認していること等から、なお点刑罰論の一つとして分類されうるものである。

この説の特色は、量刑における責任の占める地位を単なる観念的な出発点に下落させ、予防目的に終着点である具体的量刑決定を委ねている所である。観念的な出発点とは算術的意味で確定しうるものなのかそれとも感覚的に捉えられ

得るものに過ぎないのか、最終的に予防的考慮の歯止めとなる責任による方向付けとは、既にこの出発点の時点で判明しているものなのか、等の疑問が提示されなければならないであろう。

しかし、決定的問題は、この理論では、責任に応じた刑罰を科すという点刑罰論の趣旨が、決定的に後退してしまっていることである。このことはまた、責任の幅とは量刑における中間段階に過ぎない、というフリッシュやブルンスの見解にも共通して指摘できることである⁽³³⁾。両者には、責任と予防が異なる段階において考慮される、ということを強調することにより責任と予防の対立を解消しようという意図が見られるのであるが、それが責任主義を犠牲にすることにより行われている点が重要である。そして、責任を点と考えるか幅と考えるかは、責任主義を厳格に貫くか否かとは必然的な関連がないことが、ここで明らかになるのである。

以上、点刑罰論に分類されうる所説⁽³⁴⁾を概観したのであるが、この理論では、予防目的の考慮から刑罰を加重しようとする場合には、責任との内的関係を維持する限りとか、責任刑たる本質を失わない限りなどという制約が課せられるにしても、責任相当刑を超過すると言わざるを得ない。また、このような制約は、実際の量刑では名目的なものとなり、あまり有効に機能しないことが予想される。しかも、この理論は、たとえわずかであっても量刑において責任主義が導いた刑罰を上回ることができるとするのである。たとえ、観念的にわずかな超過しか認めていないと主張される場合であっても、現実には止めどもなく責任超過が生じてしまうのである。ここには、フリッシュ・ブルンスなどの幅の理論では曖昧であった予防目的のための行為者の犠牲が、より鮮明な形で表現されているのであって、責任の刑罰限定機能を活性化させようとする立場からは、承認されないのである。

3 予防目的の重視——「(可罰的)責任刑」の確定

前節までで検討してきた諸見解は、少なくとも、量刑における責任と予防目的の対抗関係において、まず優先的に責任の観点から一定の刑罰量を導くことを前提として、予防目的からの刑罰量修正をどの程度行うべきか、というように問題を設定することにおいて一致していた。すなわち、責任の予防に対する

優越性は承認されていたのである。しかし、犯罪論としての責任論で予防目的重視の見解が登場したのと軌を一にして、量刑論においても責任を予防目的から基礎付けようという提案もなされている。

岡上雅美はいわゆる積極的一般予防論の成果を責任論に取り込んで、可罰的責任に応じた刑罰の一点での確定を主張する⁽³⁵⁾。

それによれば、まず責任刑は応報を根拠とせずとも、法秩序の価値秩序を行為者に覚醒・強化するために、すなわち予防の観点から必要とされる。そしてこのように導かれる「(可罰的) 責任刑」は幅を形成すると解すべきではない。なぜなら、第1に、幅の理論は刑罰の上限と下限は不明確なものであるとするが、「責任刑の上限が一点に定まらないのに、それが刑罰限定機能をもつことなどありえない」ので「幅の理論は、責任の刑罰限定機能を放棄するか、あるいは責任刑の上限は一点に確定できると認めるかの二者択一に対峙しなければならない」。第2に、幅の理論は最終的に予防の観点により刑罰が一点に決定することを予定するが、予防目的に関する知見が相当程度限られている現在、「予防目的によって刑量を一点に決めることは、責任刑が一点に定められることよりもはるかに困難」である。故に責任刑は具体的に一点に定まるというべきである。もっとも具体的な刑量が行為者に有害か無害かを判断することは可能であり、そのような特別予防的な考慮から、一点に決定された責任刑を下回することは認められるのである。

この見解については、まず責任刑の意義が問題になる。岡上によると刑事責任については「およそ行為者を規範的に非難できるかが刑罰の効果を論ずる上での前提となる。その後、当該行為が一般に、刑罰という強力な手段を用いて処罰するのが可能かつ妥当であるかの判断が質と量との両側面からなされる」⁽³⁶⁾ のである。すなわち「規範的責任」と「可罰的責任」による二重判断がなされるのであるが、「『規範的責任』は刑量に換算する必要がな」く、「『責任刑』は本来的に可罰的責任を具体的な刑量に表したものを指すだけで足りる。」⁽³⁷⁾とされる。しかし、この考え方は従来の「規範的責任」を念頭においた議論と大きく異なるものである。既にして予防的観点より判断された責任が「規範的責任」と同様の確実性をもって刑罰の上限を画しうるかについては、疑問である。しかも「規範的責任」については刑量に換算しないとすると、責

任評価の方が予防評価よりも確実性を有するという主張の前提が崩れることにならないであろうか。規範意識の強化という観点の下では、たとえば公衆の一時的な処罰感情に依拠して恣意的な量刑がなされることを防ぐことはできないのではなかろうか。

また、幅の理論に関して、上限と下限を明確に決定しえないということから責任刑は一点で決定できるという結論を導くのは、論理に飛躍があるように思われる。刑罰限定機能を果たすために、上限が一点に定まるべきであるという主張は理解でき、またこの理論によれば強力な刑罰限定性が実現するのであるが、そうだからといって現実には認識の限界から、責任刑を一点で確定させることはできないのである。これに対して現実の裁判実務でも責任刑の確定がなされていると主張するならば、それは裁判官が実際に量定した刑罰がすなわち責任刑であると擬制することになるしかないのである。ここでの幅の理論に対する批判は、責任が刑罰限定機能をよりよく果たすための量刑モデルとしての幅の理論の優位性に対する反証にはなりえていないように思われるのである。

4 まとめ——量刑モデル論の実質的意義

以上、明らかになってことをまとめておきたい。

まず、犯罪論における予防的責任論の知見を取り込んで、量刑論においても予防的観点を責任に優越させて、量刑を行おうという立場があるが、この立場を支持することは出来ない。予防的考慮は将来の予測にかかわることであり、その確実性という点で過去の事実の評価である責任に劣っている。その不確実さ故に、量刑において刑罰の上限を設定するという機能を担うことは困難なのである。量刑において過剰な刑罰を抑制することに奉仕する理論の構築を目指す本論文にとって、本来の意味の責任概念を維持することの重要性を今一度確認しておきたい。

(1) 責任主義の貫徹

点刑罰論を採る場合には、責任に相当する刑罰は一点で確定するということになる。そして、現在の点刑罰論は、「責任刑は常に近似値である」「刑罰の形成は裁判官の社会的創造行為である」「責任相当刑は出発点に過ぎない」等と表現方法は様々であるが、要は予防的考慮による責任相当刑の修正を認めてい

るのである。たとえ一定の限界内であっても、責任に相当な刑罰を超過することが明らかに容認されている点は看過し得ないものと思われる。

それに対して、幅の理論を採用する場合、責任の実体論の観点から、客観的には特定しているがそれを主観的に認識することが困難であるという理解がとられるべきである。幅の理論の利点は、一定の幅の中の複数の刑罰を責任相当だと認めるところにある。実務上は、判断者が異なれば、どの程度の刑が責任相当と考えるかについてばらつきが生じるのは避けられないことである。点刑罰論の場合には、複数の刑が提示されれば、そのうちのどれか一つだけが責任相当であり、他は責任相当刑から（若干であっても）乖離していることを認めざるを得ないのであるが、幅の理論は、責任には幅があるので、複数の刑が責任相当だと認めることができるのである。ここに、幅の理論が実務を説明するのにより適した理論であることが認識される。実際判例上も、支持されている所以である。

また、幅の理論では、予防上の理由から責任の幅の外にある刑罰を科すことができるかが問題となる。予防の要請が強い場合に責任の幅の上限をも超過して刑罰を加重することは、責任相当刑を超過する刑罰は許されないが故に、認めるべきではないし、責任と予防を両立させようという幅の理論の当初の意図からも認められるべきではない。その意味では、幅の理論は点刑罰論よりも、責任主義により忠実な見解だと言えることができるのである。

しかし、幅の理論は、責任の幅の性質を巡る考え方の相違から、幅の中に含まれる複数の刑罰量が全て等しく責任相当である、とみなす立場と、幅の形成は最終刑に至るまでの中間段階に過ぎず、その後は予防的必要性が認められる場合はそれを加味しつつ、最終刑が決定される、という立場に分けられる。これについては、抽象的には一点で確定する責任が、具体的な刑罰に変換される際、認識の困難性から、複数の刑罰を含むという理解が妥当だと考えるので、幅の中の刑罰は責任相当性の程度について等しいと見なされる。故に、幅の中を刑罰が移動しても、責任主義との抵触は問題とならない。中間段階説は、予防的考慮が存在しない場合は責任のみで最終刑までたどり着くことを認めつつ予防によりそれが修正される、という見解であるので、幅の内部に存在する複数の刑罰間で、責任相当性の程度に差が出ることとなる。責任相当刑の幅は、

最も責任相当な刑を頂点とするピラミッドを形成するのである。その限りで中間段階という相対的に狭い幅の中においてではあるが、最も責任相当な刑罰を超過する刑罰が存在することになる。これは、実質的には、一旦は高らかに謳われた責任主義を巧妙に潜脱するものと言っているのではないだろうか。

学説上、一見激しく対立しているかに見える幅の理論と点刑罰論であるが、その対立は表面的であり、一定の刑罰の幅が等しく責任相当であることを認める立場と一定の限度内での責任相当刑の修正を許容する立場に整理し直されることになる。責任主義を量刑においても堅持することを意図している本稿の立場からは、これらのうち、責任主義をより良く実現しているものが量刑モデル論にふさわしいと考えられる。後者は、責任主義の要請を緩和するものであり受け入れがたく、前者が支持されることとなる。

幅の理論の実際上の意義は、責任相当刑という客観的に認識できないものについて、思考モデルとしてどのように仮定することが妥当であるか、という観点からみて、量刑における責任主義をより良く実現することに奉仕する理論、すなわち実際上の帰結において責任主義との軋轢を生じることができるだけ少ない理論であるということである。

本稿の理解する幅の理論とは、責任は客観的に確定し、そこから導かれる責任相当刑も客観的に確定するのであるが、両者は存在のレベルを異にしているので、一つの責任から複数の責任相当刑が導かれる、というものである。

(2) 責任主義の形骸化のおそれ

幅の理論は、正しく理解された場合であっても、なおその実質的な意義が問題となる。確かに、幅の超過を一切認めないことは厳格な責任主義を実現する上で、非常に有益である。しかし、実際この理論が効力を発揮するのは、責任に相当でないことが明らかな極端な事例を排除する場合だけである。それに対して、責任に相当か否かが微妙な事例においては、責任の幅の限界値を正確に認識することは不可能であるから、幅の理論は無力となるのである。更に、責任には幅があるということだけでは、幅の大きさはまったく明らかにならない。特定の刑罰量を挙げて、幅の内部か否かを問うてみても誰も答えられないのである。

それらのことを考慮するならば、幅の理論についての評価を根本的に改めな

ければならなくなる可能性が出てくるように思われるのである。幅の理論は、量刑において責任主義を実現するために考案されたのではなく、予防的考慮による量刑にどうかして責任主義の装いを与えようとして考え出されたものではないかという疑いが入れられるのである。

この疑いは、先のBGHの判決によって一層強められることになる。BGHは、幅の理論の支持を表明するのに先立って、以下のように述べていた。

「法律が通常の場合に無期懲役刑のみを予定する場合に、（筆者注：限定責任能力者に任意的減軽を規定する刑法）51条2項は事実審裁判官に、その下限が刑法44条2項によって3年の懲役に、その上限が通常の場合に予定される刑罰によって無期懲役に定められている『刑罰枠』を提示する。…たとえ事実審裁判官が刑法51条2項に従って刑罰を減軽しなくても、それは、彼が、同一の行為者が責任能力者であった場合に、その人の同一の行為に科されるであろう観念上の刑罰を減軽しなかった、ということの意味しない。それは、原則的刑罰枠の下限より下の、あるいは法律が原則の場合に予定する絶対的特定刑より下の刑罰を科すことを、彼が不相当であると判断したことを意味しているに過ぎない。…

刑法51条2項の規定が依拠している思想は、刑罰は責任相当であるべきであるということ、著しく責任能力が減少した場合は原則として行為の責任内容と刑罰評価が減少するということ、故に、法律が通常の場合に予定する最低刑あるいは絶対的特定刑は、行為者責任能力が著しく減少した場合には責任相当な刑量を超過する可能性があるということである。ここから、責任能力が著しく減少した場合の刑罰減軽の問題は、行為の責任内容に従って決定される、ということが導かれる。もっともこれは行為者の責任能力の程度だけに従って決定されるのではなく、責任の側面に関して行為の軽重を表現する全体的事情により決定される。故に、法律は原則的事例すなわち責任能力者の行為を念頭において刑罰を定めているが、立法者がその刑罰の下限あるいは絶対的特定刑の程度を決定する際に念頭においたもっとも軽微な事例よりも、責任能力の著しく減少した行為者の行為が重いということは、一貫してあり得るのである。責任能力の減少した行為の責任内容がこの方法で評価されるならば、刑法51条2項によって与えられた刑罰減軽の可能性を考慮しなくても済むことになる。」⁽³⁸⁾

BGHが、責任能力の減少した者に、責任能力者に対して予定されていた刑罰の上限且つ法定刑の上限である刑を科すことを正当化するために幅の理論を

使用したことは、この理論の性格を考える上で象徴的である。この判決の裏では、まずはじめにこの事案には無期懲役ありき、という予防的観点からの評価が先行していたのではないだろうか。そうでなければ、限定責任能力者に対しては通常の場合に比べて責任の幅が下方に移動すると考える方が自然であろう。確かに、ドイツ刑法は我が国の刑法と異なり限定責任能力に任意的減軽しか規定しておらず、法律自体が幅が下方に移動するのではなく、下方に拡大するに過ぎないと考えているとも言っている⁽³⁹⁾。しかしその場合でも、責任が減少しているのであるから、通常は減軽されるであろう。敢えて減軽が行われない理由を問えば、行為者の危険性が刑罰加重的に評価されているからではないだろうか、と推測されるのである。責任が減少しているにもかかわらず危険性が高い故に刑罰を加重するというのでは、あからさまに責任主義に抵触してしまう。そこで幅の理論を使用することにより、責任主義の違反を回避しつつ危険性の考慮も行う、という解決が考えられたのではないだろうか。これはまさに、幅の理論という便利な道具を用いた、責任主義の形骸化なのである。

正しく理解された幅の理論を使用する際には、確かに責任主義を逸脱したり、潜脱したりすることは防止されうる。しかし幅の理論は、それと同時に、責任主義を形骸化する危険をも常に有しているのである。これは量刑モデル論の限界だと思われる。更なる刑罰限定の実効化のためには、量刑責任の内実についての検討に進まなければならない。

Ⅲ 量刑責任の構造

量刑責任論の課題は、第1に、当該事例に即した責任相当刑をできるだけ適正に判定していくことである。これは責任の上限を事例毎に細かく認定することによって、責任による刑罰限定を形骸化させないということに奉仕する。しかし、そのためには幅広く量刑事情を収集することが必要となるが、かといって無制限に量刑事情を考慮してしまうと、当該行為自体に直接関係しないような要素までが取り込まれ、予防的な考慮を先取りしてしまう危険性があるのである。この問題に対して諸学説がどのようにアプローチしているのかを、本稿では、量刑行為の時間的拡大（判断基底に行為前後の事情を含むのか否か）と空間的拡大（本来的行為に随伴する事情も判断対象になりうるか否か）という

二つの視点から検討していきたい。その際、多くの学説は、行為概念が拡大される場合であっても、あくまで個別行為責任に止まるのであって、決して行状責任・人格責任になるわけではない、と主張する。両者の区別が明確なものかどうかとも問題となる。

第2の課題は、予防的考慮の混入を防ぎ、責任判断を純化することである。これもまた刑罰限定機能が実効的な形で果たされるための条件である。もし、量刑の判断基底を拡げるのであれば、必然的に犯罪行為自体と直接に関係のない要素も取り込まれることとなり、これが量刑を加重する要素として働くおそれがある。それを防ぐために、量刑責任の判断基準が問われることとなるのである。

そこで2つの課題に対応する形で、2つの側面から量刑責任の検討が行われなければならない。第1に量刑判断を行う際に、どのような事情が考慮されるべきかということと、第2にその事情はどのような観点から考慮されるべきかということである。

なお、ここでは量刑責任に限定して論じているが、量刑モデルとしては、それに続けて、その上限を超えない範囲で予防的考慮が行われることが予定されている。故に、予防上の必要性があまり存在しない場合に、量刑責任の提示する刑量の上限を下回することは（責任刑の下限を超えて下回ることができるか否かは別として）一貫して可能であるということを前提としている、ということをおらかじめ付言しておきたい。

1 量刑における行為概念について

(1) 拡大された行為概念

ドイツにおける支配的見解は、量刑における行為概念は犯罪論における行為概念よりも広い概念であり、構成要件外の事情も考慮されうるとしている。例えば、構成要件概念の提唱者として有名なベーリング⁽⁴⁰⁾は、構成要件概念の確立と共に、構成要件外にも刑法にとって重要な事情が存在するか否かを検討し、「支配的要素と呼ぶことのできる、本来的構成要件、構成要件の中核あるいは支配的要素であるより狭い構成要件と並んで、この中核の周辺にあり、それと共により広い構成要件を形成する第2の要素を伴った外部地帯(Außenzone)が存在する」と述べている。それらは構成要件と共に全体行為を形成しているの

である。この外部地帯には、具体的に、犯罪の準備行為である事前行為、犯罪行為の完成後に続く事後行為、構成要件の実現そのものではないが、それと同時に起こり、それに寄与する付随行為が属している。構成要件に属する行為とこれらの行為の区別は、因果領域にあるのではなく、個々の構成要件自体から決定されることになる。そして、これらの構成要件の中核に属さない行為は、原則的に不可罰であるということで共通しているが、それは行為にその個々の特性を付与し、量刑にとっての意義を有するのであるとされるのである。このようなアプローチは、構成要件的行為という枠組みを基本とし、量刑においてはそれと内在的に結びついている行為にまで範囲を拡大するというものであり、あくまでも形式的に判断を行うという特色がある⁽⁴¹⁾。

それに対して、ラング・ヒンリクセン⁽⁴²⁾は、より実質的な観点から行為概念の拡大を図り、「拡大された行為概念(erweiterten Tatbegriff)」を主張する。彼はまず、量刑において、構成要件外の事情がどの程度考慮されるかという問題は、その時々基礎に置かれている刑罰目的に依存するとした上で、特別予防思想や行状責任論に依拠する場合は、幅広い考慮が可能であり、その限りで解釈論的に困難はないと言うことを認める。しかし、今や個別行為責任を、量刑のために考慮されうる第一義的な基準と考えるべきであり、この原理に基づいて構成要件外の事情の範囲も決定されるべきであると言うことを確認する。

彼は次に、量刑行為の特性を述べる。例えば、同じ行為の「完成」であっても、法律上の構成要件の意味での「完成」と量刑の意味で「完成」は異なっている。なぜなら、法的な構成要件は、豊かな全体事象から若干の類型的な要素を把握するのみであり、可罰的行為全体を特徴付けているわけではないからである。故に、量刑の対象としての犯罪的行為は、あるいは構成要件的行為に先立ち、あるいは随伴し、あるいは事後に発生する、多くの豊かな個別事情に彩られなければならない。

ここで、彼は豊かな全事象を実質的に把握するために、「行為という概念は、目的論的な概念」⁽⁴³⁾であり、量刑における行為概念は、構成要件における行為概念とは異なる目的論的衡量により決定されなければならない、と主張する。すなわち、法律上の構成要件は、豊富な全体事象の中から、何が可罰的であり、犯罪はいつ始まりいつ終わるかを決定するために、若干の類型的な要素を把握

するためにある。それに対して、量刑の場合は、全体的犯罪的行為の完全な不法責任内容を汲み尽くすことが重要であるとするのである。故に、名目上行為後の態度と称されるものからもたらされる責任は、量刑の意味においては、行為責任なのである。そして、このような実質的構成を採るメリットが強調される。すなわち、ベーリングの外部地帯論では、形式的に構成要件と密接に関連する行為のみが把握されるので、例えば、構成要件の行為と時間的に接着していないような行為や、構成要件の保護する法益以外の法益の侵害などは考慮の外に置かれることになり、考慮の範囲が狭くなりすぎてしまう。それに対して、「拡大された行為概念には、価値的観点の下ではじめて、行為者の行為の完全な評価をすることを許し、価値的観点の下で価値中核と共に規範的に価値統一体に統合され、それにより量刑のための有意義で包括的な評価の基礎を与えることができる、普段の行為の中のあらゆる事情が属する」⁽⁴⁴⁾ のであるから、構成要件から時間的に隔たった行為や他の法益の侵害も含むことができるのである。

これら二つの理論について、共通の特色として、行為概念を時間的次元・空間的次元の両方向に拡大しようとしていることが挙げられる。特に、形式論的色彩の強いベーリングの事前行為・事後行為・付随行為という用語法にあってはそのことが明確であろう⁽⁴⁵⁾。

ラング・ヒンリクセンの理論に関しては、確かに巧みに量刑を説明できるものではあるが、批判されるべき点も存在している。本人自ら認めているように、拡大された行為概念に何が含まれるか、について明確な定義は与えられ得ない。彼の挙げる価値統一性という曖昧な基準は、量刑事情を限定するためにはほとんど無力である。特に、(外見的ならびに内面的側面を持つ) 行為態様に関係する要素と行為者要素(人格、危険性等)のうち、拡大された行為概念は前者にのみ関係する、という記述にもかかわらず、それを保障するものは全く存在せず、それゆえ、出発点において拒絶したはずの行状責任論との区別も困難である。また、構成要件の保護する法益以外の法益を侵害する行為にしても、はば広く考慮に入れることは罪刑法定主義の観点からの疑問がでてくる。

もっとも、彼の掲げる「目的論的考慮」は注目に値する。ラング・ヒンリクセンは、量刑論において全不法責任内容を汲み尽くすことが正当な目的である

とした。もちろんそのこと自体は、犯罪論とは異なる量刑論の目的設定として妥当な方向性を示していると考えられる。但し、「全体犯罪行為」の不法責任内容を余すところなく追求しようという積極的な姿勢は、少しの漏れもないように評価しようとするあまり、厳罰主義的な傾向を持ち、いつしか「全体犯罪者（その将来における危険性を含んだもの）」を対象として量刑判断することに転化する危険を内在している。翻って考えてみると、量刑において全不法責任内容を汲み尽くすことは、実は、絶対に必要なことではないのではなかろうか。刑罰という最終手段を投入せずとも解消されるような不法責任内容は、量刑において考慮すべき対象から除外されて然るべきである。そしてそのような不法責任内容の追求よりも、濫用の危険性をできるだけ減少させることの方が優越する目的として位置づけられるべきである。ラング・ヒンリクセンの目的設定には承服しかねるものがあるのである。

一方、ベーリングの「より広い構成要件論」では、形式的な構成要件が出発点となっている。もっとも、そのことから論理必然的に時間的接着性が導かれるかについては疑問がないわけではない。構成要件的行為に大きな影響力のある行為であれば、必ずしも時間的に接近していなくても、対象に含めることが可能であろう。しかし、法益の同質性については、この理論からはせいぜい同一方向にある法益の侵害までが、対象として含まれるに止まり、この種の限定を持たない「拡大された行為概念論」よりは考慮される範囲は狭いものとなるであろうようにも思われる。この理論において注目すべきこととして、処罰範囲を限定しようとする思想が挙げられる。確かに形式論的思考は量刑論にはなじまないものである。しかし、その果実と言うべき処罰範囲限定の思想は、目的論的思考における正当な目的の一つに数えられ得るものなのである。

【注】

- (1) 裁判官・検察官・弁護士などに対するアンケート調査の結果からは、量刑を「直観により個別に行われる主観的な判断過程である」とする回答はゼロであり、「いわゆる量刑相場等を前提として、個別的事情に応じた加減が行われ、それなりに客観性を有した判断過程である」という回答が圧倒的多数であった。これは、説得的な量刑の理論化が行われれば、実務上も受け入れられる可能性があることを示していると言える。伊東研祐・小島透『『量刑と責任・予防に関するアンケート』報告』名古屋大学法政

論集165号(1996年) 55頁参照。

- (2) 平野龍一「概括的批判——概説」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究1 概論・総則』(1972年) 8頁参照。
- (3) これについてはⅢで論じることとする。
- (4) BGHSt 7, 29.
- (5) BGHSt 7, 32.
- (6) 阿部純二「刑の量定の基準について(中)」(東北大学) 法学41巻1号(1977年) 8頁以下参照。
- (7) Vgl. *Eduard Dreher*, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, Juristenzeitung (JZ), 1967, S. 41.
- (8) *Dreher*, a.a.O. S. 42.
- (9) Vgl. *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, 2. Auflage, 1976, S. 65 f.
- (10) このようなカウフマンの理解は、存在論的には責任を点として捉えていることから点刑罰論に分類されるのが一般である。しかし、ここでは刑罰量として表現された責任が点であるのか幅であるのか、という観点から、この理解も幅の理論の一種として扱う。
- (11) この二つの見解は、両者とも判例の支持する幅の理論の解釈方法にかかわるに過ぎない。実は、両者とも点刑罰論を支持しているのである。しかし、ここでは幅の理論を理解するための出発点として利用することとし、便宜上、ドレーアーの幅の理論、カウフマンの幅の理論として扱う。
- (12) *Ulfrid Neumann*, Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts („Punktstrafe“, „Spielraumtheorie“, „Normalfall“), in : Festschrift für Günter Spendel, 1992, S. 439 f.
- (13) Vgl. *Wolfgang Frisch*, Gegenwartiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), S. 361 ff.
- (14) *Frisch*, a.a.O. S. 363.
- (15) Vgl. *Bruns*, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988, S. 34 ff.
- (16) *Bruns*, Neues Strafzumessungsrecht?, a.a.O. S. 35.
- (17) Vgl. *Neumann*, a.a.O. (Anm. 12), S. 443.
- (18) Vgl. *Claus Roxin*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in : Festgabe für Hans Schultz, 1977, S. 472 f. (邦訳として、酒井安之訳「刑罰目的から見た刑の量定」C.ロクシン(宮澤浩一監訳)『刑法における責任と予防』(1984年) 115頁以下。)
- (19) 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」(慶應義塾大学) 法学研究69巻2号(1996年) 299頁以下。なお、所一彦「刑の量定」『刑法基本講座第1巻』(1992年) 259頁以下参照。
- (20) *Hans-Jürgen Bruns*, Das Recht des Strafzumessung. 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1985, S. 108.

- (21) *Dreher*, a.a.O. (Anm. 7), S. 45.
- (22) 山火正則『『幅の理論』と相対的不定期刑論』(東北大学) 法学47巻5号(1984年) 86頁以下。補充理論と限定理論についてはVgl. *Hans-Jürgen Bruns*, *Strafzumessungsrecht Gesamtdarstellung* 2. Auflage, 1974, S. 269 f.
- (23) Vgl. *Kaufmann*, *Schuldprinzip*, a.a.O. (Anm. 9), S. 260 ff.
- (24) この部分を、主観的認識の困難故に、責任は一点に定まらなないと考えれば幅の理論になるのに対し、判断者によって一点に定まる場所が上下する、というように理解する場合は、点刑罰論となるのである。
- (25) *Kaufmann*, *Schuldprinzip*, a.a.O. (Anm. 9), S. 261.
- (26) 確かに理論的完結性を重視する場合、責任という一つの概念を犯罪論と量刑論で異なって解釈することは、許容しがたいことかもしれない。しかしその不利益より、量刑における責任の限定機能の貫徹を断念することの不利益の方が大きいように思われるのである。
- (27) *Dreher*, a.a.O. (Anm. 7), S. 43 f.
- (28) *Dreher / Tröndle*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 44. Auflage, 1988, S. 271.
- (29) *Hans-Heinrich Jescheck*, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, 1988, S. 786.
- (30) Vgl. *Hartmuth Horstkotte*, *Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Strafrechts über die Strafbemessung* (§§ 13–16, 60 StGB), JZ, 1970, S. 122 ff.
- (31) 62年草案に対抗して提案された代案59条1項は「行為責任が刑の上限を決定する」と規定していた。
- (32) *Horstkotte*, a.a.O. (Anm. 30), S. 124.
- (33) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(1)」早稲田法學68巻3・4号96頁は、「責任の幅から責任刑を一点に絞るのと、点の責任の近似値から責任刑を確定するのとでは、用語の違いが存在するだけであって、実質的な相違はないのではないだろうか。」としている。本稿の立場からも、この指摘には賛同することができる。
- (34) なお、この他にも位置価説と呼ばれる見解が本稿の観点からは点刑罰論に分類される。Vgl. *Eckhard Horn*, *Wider die „doppelspurige“ Strafhöhenzumessung*, in : *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, 1975, S. 247.
- (35) 岡上・前掲注(33) 91頁以下, 106頁以下参照。
- (36) 岡上雅美「量刑判断の構造一序説」早稲田大学大学院法研論集48号(1988年) 115頁。なお、岡上は犯罪論と量刑論の責任を同じ意味で解しているので、ここで主張されていることは、両者に妥当するものである。
- (37) 岡上・前掲注(36) 論文85頁以下にある脚注(12) 参照。
- (38) BGHSt 7, 30-31.

- (39) 現行ドイツ刑法21条も、限定責任能力者に対して任意的減軽のみを定めている。当然、この規定自体の当否も問われなければならない問題である。
- (40) Vgl. *Ernst Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 245 ff; siehe auch *Günter Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 232 ff.
- (41) ベーリングの構成要件概念は、あくまで客観的、記述的、価値中立的なものとして構想されていたことが想起される。
- (42) Vgl. *Dietrich Lang-Hinrichsen*, Bemerkungen zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht, in: Festschrift für Karl Engisch, 1969, S. 353 ff.
- (43) *Lang-Hinrichsen*, a.a.O. S. 359.
- (44) *Lang-Hinrichsen*, a.a.O. S. 362.
- (45) なおラング・ヒンリクセンも、以前の論文では、事前地帯(Vorzone)・随伴地帯(begleitende Zone)・事後地帯(Nachzone)という表現を用いていた。Vgl. a.a.O. S. 359.