

量刑における二重評価の禁止

林 美月子

目 次

- 一 二重評価禁止規定とその立法過程
- 二 権力分立論
- 三 (西) ドイツの判例
- 四 二重帳簿
- 五 量刑理由審査と二重評価の禁止
- 六 若干の検討

一 二重評価禁止規定とその立法過程

(西) ドイツ刑法四六条は刑の量定の原則を規定している。第一項は行為者の責任が刑の量定の基礎であることとし、第二項は刑の量定において考慮すべき事情をあげている。さらに第三項は「すでに法律上の構成要件の要素とな

っている事情は、これを考慮してはならない」と規定する⁽¹⁾。いわゆる二重評価禁止の規定である。わが国においても、右の第一項及び第二項については多くが論じられ、改正刑法草案四八条一項及び二項は右と同様の事項について規定した⁽²⁾。しかし、(西)ドイツ刑法典と異なり、二重評価禁止規定はない。二重評価禁止の原則は、わが国にとってはあまり意味のないものなのであろうか。本稿は、どのような事情を刑を重くする方向で量刑上考慮してはならないかを示すという意味で、具体的であり、実務上も有益であると思われる二重評価禁止原則について検討しようとするものである。

もつとも、ドイツの学説及び判例は二重評価禁止の原則を認めていたものの、一八七一年ドイツ刑法典には二重評価禁止規定はなく、一九五四年の刑法改正大委員会の小委員会においてはじめて「裁判官は量刑において、構成要件に属しない事情で、行為者に不利な事情及び有利な事情を衡量する」という規定が提出され、大委員会において採択されて、一九五九年第一次草案六二条となったのである⁽³⁾。しかし、すでにその第二読会(六二条二項となった)において、これは当然の規定であり削除すべきであるとか、右の「構成要件に属さない」という部分によれば、構成要件に属する事情の実現態様を考慮できなくなるので、この部分は正しくない等の批判があった⁽⁴⁾。これらの批判をうけて、司法省は「すでに法律構成要件に属する事情をさらに評価することは禁止されるが、この事情が個々の場合において実現される特別の態様は考慮される」ことを明らかにするために、二重評価禁止を別文とし、六二条一項第一文とする提案を示し、大委員会においてもこれが採択されて六二条二項第一文となり⁽⁵⁾、その後一九五九年第二次草案六〇条二項第一文となった。

一九六〇年草案六二条二項、一九六二年草案六〇条二項も現行法と同様の規定を置いた。その理由書は「すでに法律の構成要件メルクマールである事情それ自体は量刑における考慮から除外される。というのは、それは立法者をし

て法定刑の定立へと導いた事情であり、それ故、その法定刑の範囲のすべてにおいてすでに考慮され、前提とされている。したがって、その法定刑の範囲内で個々の行為に正当な刑を量定することには役立たないからである⁽⁶⁾とする。一九六六年の代案五条一項第二文も「法定の行為事情は数回評価してはならない」と規定した。連邦議会の刑法改正特別委員会では、二重評価の禁止について別項が設けられることになった⁽⁷⁾（第一次刑法改正法一三条三項）。これによつて、右一三条二項（現行法四六条二項）で考慮される事情にも二重評価の禁止規定が適用されることが明らかになった⁽⁷⁾。このようにみてくると、二重評価の禁止は何を根拠とする原則なのか、なぜ禁止されるのかという理由づけにおいても、また、この禁止と構成要件要素実現態様の考慮との関係、つまりこの禁止原則の適用範囲という点でも、明確なものがあるといえよう。そこから、二重評価禁止の原則に対する根本的な批判も生じる。行為の不法を判断するためには個々の構成要件の可罰性の根拠を明らかにせねばならず、むしろそれ故、立法の目的にたちかえる必要があるとするコフカ⁽⁸⁾は禁止原則の理由づけに疑問をなげかけるものである。また、二重評価と実現態様の考慮の区別はほとんど不可能であり、原則自体は異論の余地はないが、どこに思考上の誤まりがあるのかを見い出すことさえ困難であり、実際上はこの原則はあまり従われていないとするヤーグ⁽⁹⁾や、この禁止に反するとされることを回避するために量刑理由を詳しく示さない傾向があるとするジーバルト⁽¹⁰⁾はこの原則の適用可能性を疑うのである。しかし、通説及び判例はこの原則に意義を認め、判例において二重評価禁止原則違反とされた事例も多い。以下では、この原則の根拠と適用の限界を探ることとする。

(1) 法務大臣官房司法法制調査部編・ドイツ刑法典（昭和五七年）の訳による。

(2) 沢登俊雄「刑の適用」刑法改正の研究1（平場・平野編）（昭和四七年）二五〇頁以下、平野龍一「草案と責任主義」同書一六頁以下参照。

(3) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Band 1, Anhang B Nr. 5, S.342.

- (4) *a.a.O.*, Band 12, S.469f.
- (5) *a.a.O.*, Band 12, Umdruck IIK8 Nr.21, S.472.
- (6) E1960 Begr., S.171; E1962 Begr., S.181.
- (7) Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982, S.41.
- (8) Koffka, Elise: *Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden StGB?* JR 1955, S.323 Fn6.
- (9) Jagusch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl., 1956, S.103.
- (10) Seebald, *Das mißbräuchliche Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen*, GA, 1975, S.231

二 権力分立論

通説は二重評価禁止原則を一九六〇年草案理由書と同様の文言をもって根拠づけている。たとえばホルンは「立法者を一定の犯罪構成要件の定立又は特別な加重構成要件の定立へと導いた考慮はその法定刑の中のすべて刑罰を正当化する。それ故、裁判官はそのような考慮自体を具体的な刑の決定に用いることはできない」とする。⁽¹⁾ただ、ここでは、立法者が考慮した事情は具体的ではないので個々の行為責任に基づく量刑には不適切であるという理由で二重評価は禁止されるのか、立法者がすでに一定の事情を考慮したこと自体が裁判官の二重評価を許さないのか不明確であるように思われる。ツィップは、二重評価(禁止)は行為責任評価の必要性に対する違反であり、法定刑内のすべての刑にあてはまる事情は具体化に十分ではないとする一方で、⁽²⁾二重評価禁止の理由は、立法者と裁判官の間の権限分化的共働にあり、構成要件メルクマールを量刑理由として利用するということは、裁判官の権限分化的共働作業の範囲を逸脱して、専ら立法者に権限のある領域に干渉することになるとする。⁽³⁾後者ではティンペのいうように、啓蒙期の権力分立の図式が明らかであるといえよう。⁽⁴⁾ブルンスも、二重評価禁止では立法者と裁判官の権限分化が決定的で

あるとする⁽⁵⁾。立法者は構成要件とその定立によって量刑作業の一部を行ない、裁判官は個々の場合の各々の事情、具体的特殊性を考慮して量刑する。一般的に立法者に当然であるような、その種の犯罪の当罰性の要素は裁判官の量刑では決定的ではない。このように権力分立を強調する場合には、ある程度具体的といえるがなお立法者が考慮したであろう事情についても、二重評価禁止の原則が適用されると考えるべきことになるように思われる。

通説は犯罪の実現態様は、その種のすべての犯罪に一般的な事情とは区別され、法益侵害の程度や責任の評価に決定的であるとして、量刑上考慮することができるとしているが、権力分立論からするならば、その許容の理由は、二重評価禁止の原則は結果や犯行が立法者が法的類型において考慮した通常の場合を越えるところでは適用されないことになり、通常の場合を越える実現態様のみが考慮されることになる⁽⁷⁾。権力分立論を前提としながら、通常の場合であってもその具体的態様を考慮しうるとすることには疑問がある⁽⁸⁾。

また、権力分立論からするならば、(西) ドイツ刑法四六条二項に規定された構成要件メルクマールの事情の二重評価のみならず、立法者が立法の際に考慮したこと、つまり規定の非明示的基礎の二重評価も許されないことになる。たとえば、墮胎罪について墮胎が国民倫理等に破壊的な影響があり危険であるという事情を刑を重くする理由とする⁽⁹⁾ことはできない。また犯罪の通常付随事情、その種の犯行すべてにあてはまる観点等も二重評価できない。予防目的も二重評価できない⁽¹⁰⁾。予防目的に関しては、場所と時代により、とくに一定地域でその犯罪が頻発している時にその予防のために刑を重くする理由とすることは裁判官の権限に属するが、そのような要請もないのに、抽象的一般的な予防目的を刑を重くしあるいは軽くする理由とすることは、むしろ裁判官のその種の犯罪に対する当罰性の考慮を立法者のそれで行なっていることになり許されないのである⁽¹¹⁾。

(一) Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4Aufl., 1986, § 46 Rdn. 150.

- (2) Zipf, Die Strafrechtsrevision 1969, S.97f.; ders., Die Strafzumessung, 1977, S.40f.
- (3) Zipf, Die Strafrechtsrevision, S.100.
- (4) Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983, S.34.
- (5) Brung, *Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder Strafrahmenbildenden Umständen (Strafzumessungsggründen)*, H-Mayer-Festschrift 1966, S.355; ders., Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S.379 Fn.15.
- (6) Hirsh, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1979, § 46 Rdn. 102b); Horn, *a.a.O.*, § 46 Rdn. 152.
- (7) Bruns, *a.a.O.*, H. Mayer-Festschrift, S.361f.
- (8) Vgl. Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei Strafrahmenbildenden Umständen, 1982, S.135ff.
- (9) Bruns, *a.a.O.*, H. Mayer-Festschrift S.358; RGSt. 59, 423, 426.
- (10) Hirsh, *a.a.O.*, § 46 Rdn. 100a); Schönke-Schöder-Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Aufl., 1988, § 46 Rdn. 46; Bruns, *a.a.O.*, H. Mayer-Festschrift, S.359.
- (11) Seebald, *Das mißverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen*, GA 1975, S.234.

三 (西) ドイツの判例

二重評価禁止に関する最も古い判例は一九〇八年一月二〇日のライヒ裁判所の判例である⁽¹⁾。しかし、それは、営業的賭博(ドイツ旧刑法二八四条)の構成要件には賭博の動機又は最終目的としての利欲(Gewinnsucht)は含まれていないとしたものであり、二重評価禁止の前提をみたさないとするにすぎない。二重評価禁止原則に違反するとしたものとしては、過失致死罪の量刑において人の死がもたらされたことを理由として刑を重くすることは許されないとしたライヒ裁判所の判例⁽³⁾を初期のものとしてあげることができるが、二重評価がなぜ許されないかについて言及していない。この点について詳しく言及したのは、墮胎(ドイツ旧刑法二九条)について、墮胎が国民倫理に破壊的な影響があり、危険であるということは立法者を構成要件と刑罰の定立に赴かせた考慮であり、すべての墮胎に同様にいえ

ることなので、刑を重くすることを正当化しえないとしたライヒ裁判所の判例である⁽⁵⁾。もっともここでも、権力分立が決定的なのか、量刑理由が個々の場合の実現態様を具体的に考慮していないことが決定的なのかは不明確である。連邦最高裁判所の時代になっても、ライヒ裁判所の判例が踏襲されている。ここでは後にわが国の判例とも関連させるようにとの観点から、(西) ドイツ刑法典とわが国の刑法典で共通性のある構成要件を中心にして、連邦最高裁判所の判例の二重評価禁止の理由づけをみていくことにしたい。

まず、詳しい説明なしに、恐喝未遂について「エゴイスティックな動機」を刑を重くする量刑理由とすることは、恐喝の構成要件メルクマールである利益目的を二重評価している疑いがあるとした判例がある⁽⁶⁾。権力分立からするならば、二重評価の禁止にふれるように思われる。営業犯において私利的行為であることを理由に刑を重くすることは許されないとする判例⁽⁷⁾についても同様のことがいえよう。さらに、詐欺及び脱税に関して、他人には無関心で、自分の利益を確保しようとして、意識的に法義務に反したことは、二重評価できないとする判例も同様に考えうる。しかし、仮に、これらの動機が具体的な場合の特殊性を特徴づけるものであるならば、事案の特殊性を考慮した上での量刑ではあることになり、その意味では二重評価の禁止に反しないことになるはずである⁽⁹⁾。しかし、判例は、児童に対する性的行為(西) ドイツ刑法一七六条一項一号)の構成要件は、行為が性的興奮又は性的満足の追求という目的を当然の前提としているので、犯行の動機が性的満足であることを二重評価してはならず、同様に強盗について金銭取得が動機であることを刑を重くするものと評価できないとした⁽¹⁰⁾。ここでは、動機については性的満足、金銭取得という以上に具体化することは困難なようにも思われる。つまり、判例は具体的な量刑であっても二重評価の禁止に反する場合を認め、すなわち、権力分立を根拠としてこの禁止を捉えているようにも考えられるのである。このことは、窃盗について、車を奪われた所有者が精神的に苦しみ、経済的損害をおそれねばならなかったというかなり具体的な

量刑理由について、このような事情は窃盗に本質的であり刑を重くすることを正当化しえないとした判例⁽¹¹⁾や、殺人について無条件の毀滅意思で行なわれ、被害者に何ら生きのびるチャンスを残さなかったことは刑を重くする理由とできないとした判例⁽¹²⁾についてもいえよう。土地と建物の売買に関して、売主が買主から支払われた代金の中から大工賃金を支払わず背任に問われた事例で、買主がこの支払いについて賠償をしたことを量刑上刑を重くする方向で考慮することは、背任罪の損害の発生というメルクマールの二重評価になるとした判例⁽¹³⁾についても、具体的な損害を認定して量刑理由とすることは、まさに量刑上必要なのではないかという疑問が生じる。

そして、まさに、具体的な量刑理由であっても二重評価の禁止に反することを認める判例もあるのである。すなわち、殺人において銃を使用したことを量刑上刑を重くする方向で考慮することは二重評価の禁止に反するとした判例は、危険な類型的殺人道具を使用したことは何ら構成要件を越える特別な程度を特徴づけていないとする⁽¹⁴⁾。また、判例は児童の性的虐待に関して、被害者の精神的打撃が通常のものである限りそれを刑を重くする量刑理由とすることは二重評価の禁止に反するのであり、通常⁽¹⁵⁾の程度をこえる場合にのみ量刑上考慮しうるのである。このようにみてくると、判例は立法者が犯罪を規定するに際して念頭におき、考慮したであろう通常の形態であるか否かを問題にし、その範囲内のものであれば、ある程度具体的な事情を考慮していても、二重評価の禁止に反するところであり、むしろ権立分立の観点から二重評価禁止原則を根拠づけるものといえよう⁽¹⁶⁾。

もっとも、予防目的については、立法者がすでにこれを考慮したからといって、裁判官が量刑上予防目的を全く考慮できないことになるのではない。この点について、連邦最高裁は「一般の保護に関する公の利益は暴力犯罪について最も厳しい処罰を要求する」とした原判決を是認した。すなわち「原審はこの表現によって、暴力犯罪に関する実務の不当に軽い量刑に反対し、そのような犯罪に対する確固とした法定刑の設定において法律はどのような目標を追

求しようとしたのかを示そうとしたのである。事実審裁判官が量刑に際して、違反された法規の基本思想を見失ってはいないことを表現することは決して誤まりではない。誤まりとなるのは、本件とは異なって、裁判官が無価値判断を正しく理解された刑罰目的からではなく、法的構成要件メルクマールの誤まった二重評価の下で行なったことが、量刑理由から確実又は可能と認められる場合である⁽¹⁷⁾とした。この判例については、二重評価禁止原則に反対する立場からは、二重評価禁止原則は弾力的運用が必要なことを示したものだとの評価がなされた⁽¹⁸⁾。実際、右判例を引用しながら、一定の範囲では違反された法規の基本思想を量刑においてなお考慮しようとした判例もある⁽¹⁹⁾。ここでは、右の判例が基本思想を「無視していない」ことを示すのは許される⁽²⁰⁾としていたのに対して、積極的に基本思想を考慮しようとした点で、一步を踏み出しているといえよう⁽²⁰⁾。しかし、他方で、同様に右の判例を引用しながら、なお、その規範を正当化する理由の二重評価は許されないとする判例もある⁽²¹⁾。とくに二重評価の禁止について判例変更があったわけではないことを考えると、右判例は、その犯罪が実務であまりに軽く扱われているときに、立法目的に立ち返って、立法者の基準に一致させ、従来の量刑を是正するという意味で、法定刑が出発点になることを示そうとしたにすぎないといえる⁽²³⁾。たとえていうと、行為者が死刑犯罪を犯したという事実を刑を重くする理由として評価することは誤まりであるが、行為が重い犯罪であるという立法者の評価を量刑の出発点として、他の犯罪の刑罰と比較して重い刑から出発することは可能なのである⁽²⁴⁾。

もちろん、立法者の評価それ自体をその法定刑の範囲内で刑を重くする量刑理由として用いることは許されない。偽証は偽証であるが故に厳しく処罰されなければならないというような、立法者が法定刑の定立においてすでに考慮したような一般予防の観点の二重評価は許されず、たとえば当該裁判所管内での当該犯行と同様の犯行の異常な頻発等の事情が存在するときのみ予防目的を考慮しよう⁽²⁵⁾。「強盗においては、公的秩序維持についての大衆の正当な利

益は一般に刑を重くする方向で量刑上考慮してはならない。というのは、これによって、犯罪としての強盗の重い処罰の理由がもう一度刑罰加重的に考慮されることになるからである。しかし、たとえばある都市で夜間の強盗の襲撃が増加し、そのような行為を厳しく処罰することについての大衆の特別な利益が認められるような場合は、事実審裁判官がそれを量刑上考慮しうることは疑いない⁽²⁶⁾。これらの事情は立法者が考慮していない予防目的を基礎づけるので、その量刑での考慮が許されるのである⁽²⁷⁾。

- (1) Vgl. RGSt 57, 379.
- (2) GA 1909, Bd. 56, S.73.
- (3) RGSt. 57, 379.
- (4) Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei Strafrahmenbildenden Umständen, 1982, S.42.
- (5) RGSt. 59, 423.
- (6) BGH bei Dallinger MDR 1976, 14. Vgl. Schönke-Schröder-Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Aufl., 1988, § 46 Rdn 45.
- (7) BGH NStZ 1987, 164 (Theune *Zum Strafzumessungs und maßregelrecht*).
- (8) BGH NStZ 1987, 164 (Theune, *a.a.O.*).
- (9) Vgl. Hettinger, *a.a.O.*, S.157f.
- (10) BGH bei Dallinger MDR 1971, 15.
- (11) BGH bei Dallinger MDR 1958, 565. Vgl. Bruns, *Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandmerkmalen oder Strafrahmenbildenden Umständen (Strafzumessungsgründen)*, H. Mayer-Festschrift, 1966, S.359; Timpe, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, S.63 Fn. 191.
- (12) BGH NStZ 1987, 163 (Theune, *a.a.O.*).
- (13) BGH bei Dallinger MDR 1972, 923. Vgl. Schönke-Schröder-Stree, *a.a.O.*, § 46 Rdn. 45.
- (14) BGH bei Dallinger MDR 1972, 923.  BGH bei Dallinger MDR 1971, 362. Vgl. Schönke-Schröder-Stree, *a.a.O.*, § 46 Rdn 45.

- (51) BGH NSIZ 1986, 496. Vgl. Schönke-Schröder-Stree, *a.a.O.*, § 46 Rdn. 48.
- (61) Vgl. Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 1986, § 46 Rdn. 153; Hettinger, *a.a.O.*, S. 44ff.
- (71) BGH MDR 1953, 148, 149.
- (81) Koffka, Else: Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden StGB? JR 1955, S. 323 Fn. 5.
- (91) OLG Stuttgart NJW, 1963 775, 776.
- (20) Bruns, *a.a.O.*, S. 365f.
- (11) OLG Hamm DAR 1955, 284.
- (23) Bruns, *a.a.O.*, S. 367.
- (83) Vgl. E. Schmidt, Lehrkommentar StPO Teil II 1957, § 337 Rdn. 56; Seebald, Das mißverständene Doppelerwertungsverbot und seine Grenzen, GA 1975, S. 235.
- (24) Hettinger, *a.a.O.*, S. 45.
- (25) BGHSt. 17, 321, 324.
- (93) BGH bei Dallinger MDR 1966 26. Vgl. Hettinger, *a.a.O.*, S. 160; Timpe, *a.a.O.*, S. 63 Fn. 191.
- (27) Timpe, *a.a.O.*, S. 57ff.

四 二重帳簿

処断刑の選択を理由づけた事由を、その処断刑の範囲内での量刑で再び考慮しうるかについても争いがある。とくに議論されているのは、未遂（西）ドイツ刑法三条二項）、限定責任能力（同二条）の任意的減輕事由である。もっとも、未遂あるいは限定責任能力であったこと自体は任意的に選択された軽い処断刑の中で再び考慮できないが、未遂が既遂に近いものであったか否か、限定責任能力の状態がどの程度のものであったか、被告人が有責的に惹起したのであるか否か等の具体的態様は考慮しうるとする点では判例・学説は一致している。⁽¹⁾裏面からいうと、二重評価禁止の原則は法定刑の前提とされた観点のみでなく、処断刑の枠を基礎づける要素にも適用されるのである。

しかし、問題はその先にある。判例は未遂等について減軽すべきかどうかを行為と行為者の全体評価によって行なっている。すなわち連邦最高裁は「未遂による減軽を認めるか否かを専ら未遂に係る事由、すなわち、未遂行為がその責任内容及び不法内容において減軽に値する程計画された既遂犯から距離があるか否かのみによって判断する必要はない。法律は何ら裁判官の裁量を制限していないので、事実審裁判官 (Tatrichter) には、右の決定を、最も広い意味での行為事情及び行為者人格の全体像に基づいて行ない、未遂行為を行為者人格の表出としてとらえ、侵害された法秩序への意味を完全に把握できるようにすることが任せられねばならない。そうでなければ、刑事裁判官は多くの未遂行為について、その重大性を示す特徴に欠けるであろうから、およそ裁量権を行使する許される基準を見出しがたいことになる。法違反はしばしば、法違反がすでに以前から危険とされている行為者によって犯されたことのみを理由として、特に厳しい刑罰を必要とするのである」⁽²⁾「したがって、未遂の刑の選択において許される行為と行為者の全体評価は、すでに利用された観点を選擇された刑の幅の中での量刑において再び裁判官が考慮することを妨げない」⁽³⁾とし、前の刑の服役から一週間でなされた重窃盗未遂について、被告人には強い犯罪的意思があり、その克服にはより長い自由刑が必要であるとして、未遂の減軽をしなかった原判決を是認したのである。⁽⁴⁾さらに「処断刑の選択及び量刑に決定的なのはすべての行為事情及び行為者人格の全体評価である。未遂行為が不法内容及び責任内容において既遂犯よりも正当に減軽されうるか否かの判断は、犯罪意思、動機、実行行為及び法益の危険化の程度について決定的な全体事情の考慮なしには、つねに、不十分であるか又はおよそ許されない。……行為と行為者の像をつかむのに本質的な何らかの事情が、単に未遂行為であることの故に判断できないことになるなら、減軽の判断も本質的な量刑もより確かな基礎に基づいて行なわれてるとはいえない」⁽⁵⁾とする。⁽⁶⁾

学説上は判例に反対するものも多い。反対説の論客はドレーラーである。ドレーラーの反対説の論拠は次の四点に

整理しうるように思われる。第一は、行為は未遂であるが、行為者には他の点で法律上の減軽事由には該当しないがなお減軽すべき事情が存在する場合について、判例によれば、この減軽すべき事情が二重に評価できることになる。しかし、この事情が減軽された刑を構成するのであるならば、それはその刑の幅のすべてのところで作用しており、構成要件メルクマールと同様、具体的量刑には適さなはずである。⁽⁷⁾ブルンスはこのドレーアーの考え方を二重帳簿(doppelte Buchführung)の禁止と名づけた。⁽⁸⁾第二に、右の場合、行為者は未遂とは関係のない理由によって二度も有利に扱われることになる。これは、未遂や限定責任能力ではなかった行為者については右と同様の事情が通常の法定刑の中で一度しか考慮されえないのと比較して不当である。⁽⁹⁾第三に、行為が未遂にとどまったということは、それ自体犯罪の強さが弱かったことを示しており、減軽を正当化する。また、この事情は他の減軽すべき事情とは区別しうる。⁽¹⁰⁾第四に、未遂あるいは限定責任能力であるということのみで減軽の可能性があるとすることは、それらを任意的減軽事由とした法律の意味にも合致する。⁽¹¹⁾反対に、裁判官が未遂や限定責任能力については減軽は相当でないと思ってい

るのに、他の事情から減軽すべきだとするのは、法律の量刑(Bemessung)にかえて自分の量刑(Zunessung)をしてい

ることになる。⁽¹²⁾こうして、ドレーアーは、結論的には、減軽すべきか否かは未遂又は限定責任能力に関する事情のみで判断し、その他の事情はその刑の範囲内での量刑で行なうべきだとするのである。⁽¹³⁾

しかし、権力分立論からするならば、全体評価を前提とする限り、全体評価の内容自体は立法者は前もって考慮していないので、裁判官がそれを処断刑の構成ばかりでなく、量刑において考慮することは二重評価の禁止に反しないといえる。ドレーアーはパラレルな刑法的事情(Konstellation)に二重評価禁止原則を適用しようとするが、ブルンスのいうようにそれに十分な Tertium Comparationis に欠けるように思われる。⁽¹⁴⁾構成要件メルクマールの二重評価と非構成要的量的事実の数回考慮は別の事柄であり、いわゆる二重帳簿は二重評価禁止原則に反しないといえよう。⁽¹⁵⁾たし

かに、全体評価によって減軽すべきか否かを決めるのが正しいか否かは問題である。しかし、二重評価禁止原則はその証明根拠にはならない。⁽¹⁶⁾

減軽すべきかどうかをどのような事情を基礎に決めるかは、減軽規定の意味・解釈の問題である。もちろん、未遂減軽が定められている場合、未遂を口実として主として他の事情によって減軽することは法の文言に忠実な解釈とはいえないようにも思われる。⁽¹⁷⁾ また、全体評価によると、責任が軽く(西)ドイツ刑法四九条一項によって減軽される場合については、通常の刑と交錯する部分では量刑されないことになり、その部分での量刑を予定している法律に反するのではないかとの疑問も生じる。⁽¹⁸⁾ しかし他方で、判例が全体評価の方法によっている実質的な理由は、多くの処断刑の変更は十分な刑の変更ではないので、最も重要な刑罰減軽事由又は加重事由が処断刑の変更についてのみに利用され、その処断刑の中の量刑では利用できないとするのでは重大な不正義になる点にあるとされていることにも注目しなければならない。⁽¹⁹⁾ とくに法律上の減軽(西)ドイツ刑法四九条一項)に関しては、裁判官は、これを、社会学的・刑事政策的に相当と思われない法定刑から、とくにその下限から離れるために用いるとも言われている。⁽²⁰⁾ もちろんこれは本来的には立法によって解決すべき問題である。しかし、法解釈による解決の必要があり、また、その解釈が未遂の任意的減軽の規定の解釈として可能なものである以上、是認される余地がある。

(一) BGHSt. 16, 354; BGHSt. 17, 266; BGHSt. 26, 311; Zipf, *Entscheidungsanmerkung zu BGHSt. 26, 311*, JR 1977, S.158f.; Bruns, *Zum Verbot der Doppelwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen (Strafbemessungsgründen)*, H. Mayer-Festschrift, 1966, S.373; Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., 1985, S.140; Hettinger, *Das Doppelwertungsverbot bei Strafrahmenbildenden Umständen*, 1982, S.158f., 186, 214; Timpe, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelwertungsverbot*, 1983, S.91, 152, 222, 322; Horn, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch A.T.* 4 Aufl., 1986 § 46 Rdn 156; Schönke-Schröder-Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23 Aufl., 1988, § 46 Rdn 49; Dreher, *Doppelwertung von Strafbemess-*

処罰(西)ドイツ刑法二三条、二四条)に近い否かによって、減輕すべきか否かを考へべきだとす。Timpe, a.a.O., S.99ff., 107ff. 及び
J^r Vgl., S.327, 330, 322f.

(19) Hirsh, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1979, §46 Rdn 107 c).

(20) Timpe, a.a.O., S.67f.

五 量刑理由審査と二重評価の禁止

それでは二重評価禁止原則は権力分立論以外の観点から基礎づけうるであろうか。ティンペは通説・判例の立場は啓蒙期の権力分立論を前提としているが、今日では法適用も創造的なものであり、裁判官の評価を必要とすることは認められているので、右の前提はなりたたないと批判した⁽¹⁾。普通の法適用においても裁判官は法を解釈し、一定の評価をする。とくに規範的構成要件要素では立法者は前もって評価をしていない。また、法の基礎にある刑事政策的基
本思想や法規の目的等も、裁判官が法規の意味内容を合理的、合目的、現代的に探究してはじめて決まるのであって立法者が決めて⁽²⁾いるわけではないのである。ティンペによれば裁判官は広く法創造的役割を果すことになるが、二重評価禁止原則は、量刑においてその恣意性を排除し、コントロールする機能を与えられるべきなのである⁽³⁾。裁判官は非法律的・法政策的判決理由を示すべきことになる。具体的法適用の正当性は、法へのあてはめによってではなく、
刑法典からは明らかではない議論、法適用を導き、制限し又確証する議論によってのみ示されるからである⁽⁴⁾。

ティンペによれば、二重評価の禁止は裁判官に量刑の理由づけを命じるものである。すなわち、第一に、(西)ドイツ刑事訴訟法二六七条三項第一文は判決理由において量刑について「特定(Bestimmend)の事情をあげなければなら

ない」としている。これは、上訴審による量刑理由の審査をおよそはじめて可能にする条件である。しかし、第二に実体法的には、原審裁判官が裁量権行使において実体法的誤まりを犯していないか否かについての量刑理由の審査が可能でなければならず、そのような審査を可能にするように十分な量刑理由を示さなければならぬ。十分な量刑理由が示されなければ、その量刑判決が実体法的に誤まっている可能性を排除できないので、一般的実体法違反(Sachrüge)により破棄されることになる。⁽⁵⁾

裁判官が構成要件メルクマールを量刑理由としてあげるならば、それは具体的刑罰の量定の理由として十分ではなく、上訴審による具体的な量刑審査を可能にするとはいえないので、実体法的理由づけ義務違反になる。また、構成要件メルクマールは量刑について特定の理由ではないので、(西)ドイツ刑法二六七条三項第一文違反ともなる。⁽⁶⁾

刑罰目的も量刑理由にあげることができ、立法者がすでに考慮したであろう一般予防の観点をあげるだけで量刑理由とすることは許されない。刑罰目的を判決理由に示すことが許されるのは、判決にとって重要な事実の選択だけでなく、その事実の評価の方向も刑罰目的の選択やその位置づけにかかっているという観点からなのである。⁽⁷⁾ また、「今日、ここでの」刑罰目的又は処罰目的に関しては、立法者はつねに裁判官に対して拘束的に前もって評価しては

いない。裁判官にはしばしば法律に対して独自の評価をする余地が残されている。そしてこの独自の評価を示すことは、量刑における法適用の継続性や平等をはかる上で必要なことなのである。そして量刑理由にあげた刑罰目的によって個々の場合を評価し、構成要件実現の重大性の程度を示すことができるのは、構成要件メルクマールの充足についての具体的な態様を考慮し、不法と責任の程度を根拠づけうるのと同様である。⁽⁸⁾

ティンペの見解では、二重評価の禁止は権力分立論からではなく、量刑理由が、上訴審の審査に十分な程度に特定しているか、具体化しているかという角度から判断され、根拠づけられるのである。そうだとすると、およそ抽象的

な量刑理由はそれだけでこれに反することになるはずであり、ティンペが、立法者がすでに考慮したであろう一般予防のみを理由とすることは許されないとしたり、「今日、ここでの」刑罰目的の考慮は立法者が前もって行なっていないので許されるとする点は、権力分立論が裏から入り込んでいように思われ、一貫しないものがある。しかし、構成要件メルクマールであれ、刑罰目的であれ、それが個々の場合に照らして具体化されていけば、二重評価の禁止に反しないと、刑罰を重くする方向で量刑上考慮しうることになる点では、立法者が考慮した観点についてはある程度具体化されていても、裁判官が再評価することはできないことになる権力分立論と大きく異なるように思われる。

すでに述べたように、たとえば傷害罪では責任や不法の程度を調べねばならず、通常の事例をこえる態様については量刑上刑を重くするものと考えられている。ここから、ジーバルトは、通常の事例とどの程度異なるかを検討するには、結局、通常の場合の態様を法定刑の中で段階づけねばならず、構成要件メルクマールが通常の態様で充足される場合も量刑上考慮してよいことになるはずだとする⁽⁹⁾。つまり、量刑理由に構成要件メルクマールのみをあげることが禁止されるのは、次の三つの場合ということになる。第一は、裁判官が不法の程度づけを行っていない場合である。ここでは、裁判官は量刑裁量を不完全に、それ故、誤まって行使している。第二は、具体的構成要件メルクマールの充足の態様を正しく評価したが、量刑理由には構成要件メルクマールしか記載しなかった場合である。ここでは、上訴審での審査に不十分な理由しか述べられていないので、(西) ドイツ刑法二六七条三項第一文違反となる。第三は、犯罪の重大性の評価をも誤まった場合である。ここでは、実体法的な量刑の誤まりが加わることになる⁽¹⁰⁾。

ジーバルトも、他方で、一般予防目的の考慮に関して、立法者が法定刑で示した犯罪の重大性の中での当該犯罪の位置づけに一般予防考慮を用いることは可能であり、また、時代的要因の変化による予防の必要性に関しては、裁判官は立法者に代わって評価しなければならないが、そのような要請がないのに、立法者が一般的に考慮したことを量

刑で用いることは、立法者と異なった評価をすることになり許されないとする⁽¹¹⁾。また、構成要件メルクマールが通常の状態でもたされた場合も量刑上評価してよいとする点も、刑を重く又は軽くする方向で考慮してよいのか、単に、通常の場合と他の場合の比較の基準にするという意味で考慮してよいのか、つまり、それ自体は刑を重くも軽くもしないのか、不明確である。もし後者だとすると、具体的態様は評価してもなお権力分立論とそれほど変わらないことになる。しかし、シーバルトのねらいは、従来の二重評価禁止原則の根拠づけとは異なった観点から、この原則をとらえることであつたのである。⁽¹²⁾したがって、ティンペと同様、この原則を、量刑の理由づけに関する訴訟法上、実体法上の違反という観点から根拠づけるものと解しようるように思われる。

- (1) Timpe, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, S.38.
- (2) Timpe, *a.a.O.*, S.42.
- (3) Timpe, *a.a.O.*, S.54.
- (4) Timpe, *a.a.O.*, S.40.
- (5) Timpe, *a.a.O.*, S.44f.
- (6) Timpe, *a.a.O.*, S.49.
- (7) Timpe, *a.a.O.*, S.62f. ドイツ法先例 BGH bei Dallinger, MDR 1958, S.565 と賛成する。 Timpe, *a.a.O.*, S.63 Fn. 191.
- (8) Timpe, *a.a.O.*, 85Stf., S.50.
- (9) Seebald, *Die mißbräuchliche Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen*, GA 1975, S.232f.
- (10) Seebald, *a.a.O.*, S.233. Vgl. S.236.
- (11) Seebald, *a.a.O.*, S.234f.
- (12) Seebald, *a.a.O.*, S.230f.

六 若干の検討

多くの被告人にとっては量刑が最大の問題である。このことは、たとえば、昭和六三年度の統計にも明らかに示されている。すなわち、通常第一審における自白事件の割合は地裁で九一・九%、簡裁で八九%であり、控訴審における終局人員の控訴理由別内訳は被告人控訴では量刑不当(刑訴法三八一条)が七四・九%(検察官控訴でも量刑不当は五七・六%)を占め、控訴審における破棄理由別人員は量刑不当が三三・五%、判決後の情状(刑訴法三九三条二項)が五〇・六%である⁽¹⁾。しかし、このような量刑に対する関心の高さに比して、量刑法は十分なものとはいえない。

量刑の基礎となる事実について、実務は、起訴便宜主義に関する刑訴法二四八条の犯人の「性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況」を刑の量定に当たっても考慮するものとしてきたが、判例も同様に「犯人の性格、年齢及び境遇並びに犯罪の情状及び犯罪後の情状を考察し、特に犯人の経歴、習慣その他の事項」を参酌すべきものとしている⁽²⁾。同様に、改正刑法草案四八条二項も「刑の適用にあたっては、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」を参酌すべきものとしてあげている。他方、量刑事実の評価については、改正刑法草案四八条一項も「刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならぬ」とし、同条二項は刑の適用にあたっては「犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない」とするだけである。つまり、責任相当刑、一般予防、行為者の再社会化という一般的な刑罰目的をあげるのみで、右に述べた量刑の基礎となる事情のうち、どのような事情をどのように評価するかについては規定・指針がない。もちろん、だからといって、裁判官は全く恣意的な量刑をしているわけではない。いわゆる量刑相場の存在することはよく知られている⁽³⁾。「裁判官として長く裁判実務をしている間に、窃盗、詐欺、殺人など、それぞれの犯罪類

型に応じて、どのような情状の事実をどの程度重く評価すべきかということを知り、かつ、同種事犯を数多く扱っているうちに量刑評価に差異のない情状の事実も多いので、このような事件にはこれ位の刑という標準的な刑が自ら頭の中に形成されてくるのである。この刑は何年何月といった動かないものではなく、情状によって動くものであるが、軽くても何年位、重くとも何年位といった幅のあるものとして形成されているのが実情である⁽⁴⁾。たしかに、量刑相場という考え方は量刑の公平という見地からは意義がある。しかし、量刑相場の範囲内であれば、個々の量刑事実をどのように評価したかは問題にならないということとはできない。量刑相場を形成する評価の方向自体にも誤りがありうるからである。そのような誤りを是正する指針の一つが二重評価禁止の原則である。

それではティンペのように、二重評価禁止原則を判決の理由づけ義務違反と解することは、わが国でも可能であろうか。(西) ドイツ刑法法二六七条三項第一文は「その他、有罪判決の理由は、適用された刑罰法規を示し、刑の量定に特定の事情をあげなければならぬ」としており、全く理由づけをしなければ、包括的な控訴を許容する(西) ドイツ刑法法三一七条による控訴ができるのももちろん、(西) ドイツ刑法法三三八条七号の絶対的上告理由となる他、⁽⁵⁾ 不十分な理由づけであっても、控訴の他、同三三七条の法違反(Verletzung des Gesetzes)による相対的上告理由となる。すなわち右法違反のうち訴訟手続違反による上告ということになる。⁽⁶⁾ これに対し、わが国では、刑法法四四条は「裁判には、理由を附さなければならぬ」とし、裁判を受ける者に対し裁判が合理的・客観的根拠に基づくことを示し、上訴審の審査を可能ならしめている。そして、最近の実務では量刑の理由をあげる判決も多く、とくに死刑の量刑については必ず理由があげられている。しかし、(西) ドイツ刑法法二六七条と異なり、わが国の刑法法三三五条は有罪判決の理由に量刑理由をあげていない。すなわち量刑理由をあげることは義務ではなく、これに反しても相対的控訴理由である訴訟手続違反(刑法法三七九条)には該当しない。ティンペの見解をわが国において主張することは形式的

側面だけでも問題がある。また、実質的にも、犯行の具体的態様を考慮し、判決理由にあげなければならぬという義務はまさに訴訟法的なものであって、実体法である(西)ドイツ刑法に二重評価禁止原則が規定されたことの意味を看過しているように思われる。

権力分立論を基礎として二重評価禁止原則をとらえるならば、その違反は実体法違反と考えられる。(西)ドイツの現行刑法は二重評価禁止原則を四六条三項に規定したため、この規定違反となる。⁽⁷⁾この実体法違反が控訴理由となりうるのはもちろん(西)ドイツ刑法三二七条)、(西)ドイツ刑法三三七条の相対的上告理由である前述の法違反(Verletzung des Gesetzes)の中の実体法違反にもなる。右の法違反にいう法とは広義の法を意味すると解されており、⁽⁸⁾量刑の基本原理はこの法である。したがって、(西)ドイツ刑法において明文の規定がなくとも、二重評価禁止原則が量刑原理である以上、その違反は相対的上告理由になるのである。⁽⁹⁾わが国においても、刑法法三八一一条の控訴理由である量刑不当の中には、量刑が著しく重すぎ又は軽すぎるといふ量刑の結論自体の誤まりの他に、二重評価禁止のような量刑原理違反も含まれると解されうる。⁽¹⁰⁾

実体法的観点からも、権力分立論による二重評価禁止の原則の理解は妥当であるように思われる。先に述べたように、この考え方は、通常「立法者を構成要件と法定刑の定立へと導いた事情はその法定刑のすべてのところであてはまり、それ故、具体的事案に相当な刑を見出すには役立たない」という表現で示される。⁽¹¹⁾もっとも、ティンペが批判するように、規範的構成要件要素をはじめとして、およそ裁判官が構成要件メルクマールを解釈することなしに、その構成要件がどのような犯罪類型であるかは明らかにはならない。「立法者を構成要件と法定刑の定立へと導いた事情」といっても、それは裁判官がそのような事情と考えるものにすぎないともいえよう。したがって、厳密には、権力分立論とはいえない。しかし、権力分立論による理解は、次のような量刑原理を含むと考えられ、その点で

妥当と思われるのである。すなわち、量刑は具体的事案について構成要件の実現を可罰性の前提として、さらにそれ以上のものを示すことであり、そのプラスアルファの部分が法定刑内での具体的事案に応じた具体的な刑の位置を示すものといえよう。可罰性の前提＝構成要件メルクマールの充足自体は裁判官の解釈を通してではあるが、立法者が類型化した量刑理由であり、裁判官の量刑はより具体的にさらに「新しいもの (Neues)」をつけ加えるものでなければならぬ⁽¹²⁾。量刑理由はまさにその事案の特殊性を示すものでなければならぬ。すなわち、その事案の犯行が他の同様の行為に比してより当罰的であり又はより当罰的でないと思わせる事情のみを量刑において考慮しうるのではない⁽¹³⁾。犯行の具体的態様は考慮しうるが、それは、その事案が他の通常の場合に比して異なつて扱われるべきことを示しうるからであり、またその限りにおいてであるといえよう⁽¹⁴⁾。このように考えるとき、二重評価禁止原則は裁判官の量刑裁量に対する抑制作用をもつことになる⁽¹⁵⁾。

わが国の判決に示された量刑理由の中で、記述の (西) ドイツの判例と比較しうるものについて、右のような観点から若干の検討を加えてみたい。強姦に関するものとしては、準強姦について「被告人に全幅の信頼を寄せていた被害者を薬物で昏酔状態に陥れ」たこと及び「欲情の赴くまま弄」⁽¹⁶⁾ んたことや、強姦において、「その犯行の動機たるや性欲の衝動に駆られ、その欲望を遂げようとする一念に発するものである」⁽¹⁷⁾ ことは刑を重くする方向で量刑上考慮しえないのではないだろうか。これに対し、とくに後者においてさらになされた殺人に関しては、右のような動機は考慮しうるであろう。また「被告人の前記暴行、脅迫による恐怖と息子の身に気を遣うことから抵抗できない同女の唇に接吻し、着衣をめぐって乳房を弄ぶなどして」⁽¹⁸⁾ いることという刑を重くする量刑理由のうち、同女の息子の教師を装って同女の勤務先にその息子が怪我をしたと虚偽の内容の電話をし、「息子の身に気を遣」⁽¹⁹⁾ わせたことは本件を特徴づけるものといえるが、その他の部分はまさに強姦罪の内容であるように思われる。次に身代金目的拐取につ

いては「身代金目的による誘拐・殺人等の一攫千金を夢みた兇悪卑劣な犯罪を計画・実行⁽¹⁹⁾」したことのうち、「一攫千金を夢みた」犯行は身代金目的拐取罪の内容と思われ、量刑上は重く考慮できないように思われる。これに対し、誘拐の他に殺人に及んだことについて「一攫千金を夢みた」動機による殺人であることは事案を特徴づけるものであろう。また「肉親の情愛を利用してみのしる金を交付させようとする極めて卑劣な犯行⁽²⁰⁾」であることは身代金目的拐取の内容であり、本罪の量刑を重くする事由とはなしえないであろう。強盗殺人について「生命の安全は基本的人権として最も重んぜねばならぬに拘らず、ややもすると人命を軽ろんずる犯罪の行われる今日、犯罪を防圧するという刑罰の目的から考えて本件の犯行は軽視できないものがある⁽²¹⁾」とすることは、予防目的を考慮しうることを前提としても、判決の時点での強盗殺人の予防の必要性に関する特徴づけが十分ではないのではないだろうか。

特別法では、公職選挙法の買収罪に関しては「選挙の公正は民主政治の基本であり選挙犯罪就中買収事犯は選挙の自由公正を侵害する点においてもっとも厳しい非難に値すること⁽²²⁾」はまさに買収罪の本質であって、さらに量刑上刑を重くする方向で考慮することはできないのではないだろうか。同様に、物品税法違反について、脱税の動機が「利己的なもの⁽²³⁾」であることや、その結果が「申告納税制度の運用を阻害し、税負担の公平を著しく損うものであったこと⁽²³⁾」は脱税の罪の内容であり、刑を重くする量刑事由とはなしえないように思われる。覚せい剤取締法違反については「元覚せい剤は、その性能極めて敏速にして、その普及方法も比較的容易なるため、現在国民多層就中青年の男女多数の身心両面に着々墮落の悪影響を与えつつあり、従って、その不法製造所持等に対しては厳正に判断の要ある⁽²⁴⁾」とすることは、その時点での予防の必要性が高いことを示しており、妥当といえよう。これに対して、営利目的事犯においては「自己の利益を追求するため⁽²⁵⁾」であることは構成要件メルクマールであり、再評価できないように思われる。

右のような量刑事由の評価にあたっては次のことに注意しなければならない。第一は、判決の表現自体が構成要件メルクマールしか示していないようにみえても、文脈の中では十分にその事案の特殊性を示している場合があるということである。第二は、二重評価禁止原則と罪数の問題である。右にもふれたように、数個の構成要件が実現されたことは量刑上重要な要素といえる。したがって、法条競合においては適用が排除される犯罪の構成要件メルクマールの実現については、それが同時に排除する犯罪の構成要件メルクマールでない限り、量刑上考慮しうるであろう。⁽²⁶⁾科刑上一罪についても同様に、軽い罪の構成要件メルクマールの実現は、それが重い罪の構成要件メルクマールと重ならない限りで量刑上考慮しうる。⁽²⁷⁾併合罪については、個別刑を考えた後にそれを併合すると考える^(西)ドイツ刑法の総合刑主義を一貫させるならば、ある犯罪の量刑評価上、他の犯罪の構成要件メルクマールの実現を考慮することはありえないともいえる。しかし、併合刑も個別刑の単なる総和ではないことは、^(西)ドイツ刑法五四条一項が、併合刑の形成にあたって「犯人の人格 (Person) と個々の犯罪行為とは、包括して評価する」としているところからも明らかである。⁽²⁸⁾したがって、科刑上一罪と同様に、他の犯罪の構成要件メルクマールの実現は考慮しうるようになるように思われる。⁽²⁹⁾個別刑から併合刑を形成するという考え方をとらず、まず加重した処断刑をつくる我が国の単一刑主義の下では、とくにそのようにいえるであろう。但し、併合罪について、どこまで加重について科刑上一罪と同様に考えるべきかについては、二重評価の禁止の問題とは別に検討しなければならない。

- (1) 最高裁判所事務総局刑事局「昭和六三年度における刑事事件の概況(上)」法曹時報四二巻一号(平成二年)八八頁、九五頁、九八頁。
- (2) 最判昭和二五年五月四日刑集四巻五号七五六頁。
- (3) 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証—現代刑罰法体系第六巻刑事手続(昭和五七年)一四七頁以下参照。
- (4) 松浦秀寿「量刑不当」判例タイムズ三五三三三三号(昭和五三年)八七頁。

(5) Müller-Sax-Paulus (Paulus), KMR Kommentar zum Strafprozessordnung, 7. Aufl., 1981, § 338 Rdn. 85.

なお、(西)ドイツ刑訴訟の上訴制度については、安村勉「ドイツにおける刑事裁判所構成および審級制度の変遷」堀内健三・町野朔・西田典之編・判例によるドイツ刑法(総論)(昭和六十二年)一五五頁以下参照。さらに、西ドイツ刑訴訟法の控訴制度については、後藤昭・刑事控訴立法史の研究(昭和六十二年)一一二頁以下参照。

(6) Hirsh, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1979, § 46 Rdn. 123; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S.312.

(7) Roxin, Strafverfahrensrecht, 20. Aufl., 1987, S.345.

(8) Müller-Sax-Paulus (Paulus), *a.a.O.*, § 337 Rdn. 11.

(9) Hirsh, *a.a.O.*, § 46 Rdn. 125.

なお、量刑が著しく重い又は軽いといういわゆる量刑不当も、(西)ドイツでは現行刑法上は四六条一項違反としての実体法違反であるが、仮に明文規定なくとも量刑原理違反として実体法違反になりうることになる。Vgl., Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S.307ff.

(10) 松尾浩也監修・松本時夫・土本武司編・条解刑事訴訟法(昭和五九年)八〇〇頁参照。鈴木義男「量刑の審査」公判法体系Ⅳ上訴(昭和五〇年)一五一頁以下参照。

なお、二重評価の禁止違反は、量刑上考慮すべきではない事実を考慮したという角度からは訴訟手続の法令違反(刑訴法三七九条)とも考へうる。類似の問題として、余罪を量刑資料としうるかに関して議論がある。この場合、余罪を処罰する趣旨で量刑の資料とすることは不告不理の原則(刑訴法二五六条二項・三項、同法三七八条三項)及び補強法則(刑訴法三一九条二項・三項)等に反するので訴訟手続違反と考へられる。しかし、他方で、被告人の性格、経歴および犯罪の動機・方法等を情状の資料とすることは許されるとされている(最判昭和四一年七月二三日刑集二〇巻六号六〇九頁、最判昭和四二年七月五日刑集二二巻六号七四八頁)。つまり、この問題においても、資料とその評価の方向が密接に結びついているのであって評価の方向によって資料とすること自体も訴訟手続の法令違反となるといえよう。そして、二重評価禁止原則に関しては、二重評価の基礎となる資料、つまり構成要件メルクマールを充足する事実を量刑の資料とすること自体には訴訟手続の法令違反はないといえよう。すなわち、量刑上評価すべきでないことを評価したことが決定的なのであって、より量刑原理・量刑実体法の問題ととらえるように思われる。

(11) Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S.36; Zipf, Strafmaßrevision, 1969, S.97.

(12) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S.255. Vgl., Zipf, *a.a.O.*, S.98.

(13) Vgl. RG JW 1935, 360; Bruns, *a.a.O.*, S.370.

- (14) Vgl. Bruns, *a.a.O.*, S.63.
- (15) Zipf, *a.a.O.*, S.97.
- (16) 東高判昭和五八年三月一五日高等裁判所刑事裁判速報集昭和五八年度七四頁。
- (17) 東高判昭和三一年三月二四日高裁判特報三卷六号二七五頁。
- (18) 東高判昭和五七年二月一〇日高等裁判所刑事裁判速報集昭和五七年度一三一頁。
- (19) 前掲東高判昭和五八年三月一五日。
- (20) 名古屋高判昭和五八年一月二六日高等裁判所刑事裁判速報集昭和五八年度二六八頁。
- (21) 札幌高判昭和二八年四月一〇日高裁判特報三二卷一三三頁。
- (22) 広島高裁松江支判昭和六一年二月三日高等裁判所刑事裁判速報間昭和六一年度二三六頁。
- (23) 福岡高判昭和五九年一月二九日高等裁判所刑事裁判速報集昭和五九年度五三〇頁。
- (24) 東京高判昭和三〇年三月一日東京高裁判決時報六卷二号四四頁。同旨のものとして、大阪高判昭和六〇年六月二日高等裁判所刑事裁判速報昭和六〇年度二九八頁。
- (25) 福岡高判昭和五九年一〇月二三日高等裁判所刑事裁判速報昭和五九年度五二二頁。
- (26) Bruns, *Strafzumessungsrecht, a.a.O.*, S.467f.; Zipf, *a.a.O.*, S.138f.
- (27) Bruns, *Strafzumessungsrecht, a.a.O.*, S.469f. Vgl. Zipf, *a.a.O.*, S.139f.
但し、平野教授は科刑上一罪も「重罪」の刑で処断するのではないとされる。平野龍一・刑法総論Ⅰ(昭和五〇年)四二二頁、四二三頁。
- (28) Vgl. BGHSt. 24, 268.
- (29) Vgl. Bruns, *Strafzumessungsrecht, a.a.O.*, S. 470ff.; Zipf, S.141f.