

量刑事情と評価方向

——「刑を重くする事情の不存在」に関するドイツの議論——

林 美月子

目次

- 一 はじめに
- 二 大法院決定以前のドイツの判例
- 三 大法院決定
- 四 学説
- 五 規範的通常事例と統計的通常事例
- 六 結語

一 はじめに

135

従来、ドイツでは量刑は事実問題として捉えられ、基本的には事実審裁判官の裁量に任せられ、事実審裁判官が法定刑の限界を越える等の不当な法的前提から量刑したときにのみ上訴は可能だとされてきた。量刑の内容については上

訴はできなかつたとされる。しかし、一九四五年以後は、とくに、占領法による過酷な刑罰の禁止との関係で事実審裁判官の量刑を上訴審で再検討する道が拓かれた。すなわち、量刑は一定の態度の評価についての立法者の基本的決定には反しな得ないこと、さらに、矛盾や思考上の誤りなしに量刑事実を評価し、衡量する必要があること等が認められるようになった。⁽¹⁾ 現在では、量刑は基本的に事実問題というよりも法適用であるとする見解もみられ、量刑は事実審裁判官の裁量に任せられるとする裁量説もこの裁量は法的に拘束された裁量であるとし、裁量説にたつ判例も上訴の範囲を次第に拡張し、完全で矛盾のない量刑理由の説明を求めるとされる。そこでこの拘束の範囲や法適用とされる範囲が問題となる。⁽²⁾

本稿で検討しようとする個々の量刑事情の評価方向、すなわち、個々の量刑事情が刑を重くするか軽くするかの評価についてはどうであろうか。ドイツでは現行刑法の立法過程で議論はあったものの、どのような行為についてその量刑事情が考慮されるのかによって評価方向は全く異なってくるという意見が強く、刑法典において個々の量刑事情の評価方向を決定することはしなかつた。例えば酩酊は交通犯罪では刑を重くする方向で考慮されるが、侮辱罪では刑を軽くする方向で考慮されるのである。⁽³⁾ しかし、事実審裁判官は評価方向を全くの裁量によって決めるのではなく、刑法四六条の量刑の一般規定から上位原則を明らかにし、そこから評価方向を決めるのである。⁽⁴⁾

量刑ではまず、量刑事実を確定し、右のような評価方向を決め、行為者に有利な事情と不利な事情を衡量し、最後に具体的な刑を決定するが、このどれもが法適用である。⁽⁵⁾ 但し、その上訴可能性には差がある。ドイツ刑事訴訟法二六七条三項一号は量刑理由の真实性を保障し、上訴を可能にするという訴訟法的観点から量刑理由の提示を求めている。また、実体法的観点からは、事実審裁判官がどのようにして具体的な刑に至ったかを明らかにさせるために正しい完全な量刑理由が求められる。⁽⁶⁾ このようにして要求された量刑理由から上訴審において審査可能なもののみが上訴

の対象になり得ることになるのである。すなわち、直接の口頭弁論による公判なしに、上訴審で審査し、正しい処理ができればならない⁽⁷⁾。個々の量刑事情の評価方向は量刑の一般規定やその他の規定から導かれ得るとされ、量刑事実が事実審裁判官によって量刑理由に明確に示されている限り、上訴審で審査可能であり、上訴ができる⁽⁸⁾とされている。

それでは、実際に、量刑の一般原則等に照らして個々の量刑事情の評価方向を決定するとはどのようなことなのだろうか。もちろん、例えば、被害者の責任の様に、多くの場合には個々の事情の量刑関連性が肯定されれば直ちに評価方向も決まる場合が多いのであろう⁽⁹⁾。しかし、それ以外の場合にはどのように判断されるのだろうか。この点について再考の機会を与えたのが、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くするものと評価してはならず、刑を重くする事情の不存在は刑を軽くするものと評価してはならないという原則である。以下ではこの原則についてのドイツの判例・学説の見解を紹介し・検討し、個々の量刑事情の評価がどのような形で可能なのかを探ってみたい。

- (1) Schmidt, Der Revisionrichter als Tatrichter, ZStW Bd. 85 (1973), S. 360ff.; S. 392; Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 2ff.; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985 S. 304ff.
- (2) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Aufl., 1984, § 63III Rdn. 187ff.
- (3) Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 243ff.; Frish, Revisionrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, S. 13f.
- (4) Bruns, Revisionrechtliche Kontrolle des Strafmaßes, Henkel-Festschrift, 1973, S. 291.
- (5) Bruns, Henkel-Festschrift, S. 289ff.; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O., § 63III Rdn. 192. Vgl., Frish, a. a. O., S. 40.
- (6) Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O., § 63III Rdn. 195ff.
- (7) Frish, a. a. O., S. 40

- (80) Frish, a. a. O., S. 40; Bruns, Henkel-Festschrift, S. 289ff.; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O., § 63III Rdn. 200ff.; Roxin, Strafreferatursrecht, 21. Aufl., 1989, S. 358.
- (9) Bruns, Anmerkung (BGH JR 1980, S. 335), JR. 1980, S. 336.

二 大法院決定以前のドイツの判例

刑を重くする事情の不存在は刑を軽くするものと評価してはならず、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くするものと評価してはならないとの原則は、ドイツでは比較的以前から認められていた。たとえば、強姦の比較的重くない事態（一七七条二項）について、被告人は被害者に暴力を振るっておらず、虐待もしていないことを刑を軽くすると評価した原判決に対して、連邦最高裁はこれは傷害罪（二三三条）や危険な傷害罪（二三三条a）を実現していないことを理由とするもので、刑を重くすることを妨げるが、刑を軽くするものとはできないとした。また、犯行が困窮その他の理解し得る動機からなされた場合には刑を軽くするものと評価できるが、そのような事情がないことは刑を重くはしないとしていた⁽¹⁾。しかし、これらの判例はほとんど公刊されていなかった⁽²⁾ので、事実審裁判官はしばしばこの原則に違反し、その判決が連邦最高裁で破棄されることとなっていたのである⁽³⁾。

この原則の存在が広く知られ、また、論議を呼ぶようになったのは、被告人はなんら性的窮乏状態ではなかったのに強姦したことを刑を重くすると評価したのは法的に誤っているとした連邦最高裁の公刊された判例からであろう。連邦最高裁は、たしかに性的窮乏状態にあったことは刑を軽くするが、その反対に、そのような事情の単なる不存在は刑を重くするとは言えないとしたのである⁽³⁾。

しかし、例えば、被害者に重大な傷害を負わせなかったということは、重い傷害罪（二三四条）を実現しなかったに

すぎないから刑を軽くするものとは評価できないのであろうか。⁽⁴⁾ここで、軽い傷害であったと積極的に表現すれば刑を軽くするものと評価できるのであろうか。すなわち、この原則は、単に消極的表現を禁じるものなのであろうか。

このような疑問に答えたのが次の連邦最高裁の第三刑事法廷の判例である。被告人は殺人未遂罪とされたが、被害者である被告人の妻は何ら犯行にきっかけを与えていないのに、ためらわずに武器を使用したこと、および、被告人自身扶養義務をはたしていないので妻に扶養料について問い正す権限はなかったのにこれを問い正したことを原審は刑を重くするものと評価した。第三刑事法廷はこれらの事情は、行為者が被害者によって繰り返し刺激されて憤激した場合とは異なることを示しているとして、次のように判示した。すなわち、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くし得ないとの判例は、量刑上重要な事実の考慮において判決に消極的表現を用いるのは常に誤っているというように解釈してはならない。仮定的な事情であって現実と関係のない事情についての単なる仮定的な考慮、例えば、経済的窮乏の不存在や性的窮乏の不存在を量刑の出発点とし、それらが行為を何ら特徴付けていないのに責任を重くするものとはできない。しかし、他方で、実際に存在する内心的・外部的事情を消極的に表現することは許される。例えば、財産犯の行為者が経済状態が良くして何ら犯行の糸口が無いのに犯行したことはとくに非難し得るのであり、消極的表現を用いてもよく、経済的困窮で犯行への強い糸口がある場合とは量刑上区別される。但し、経済的窮乏の不存在という表現では上訴審はどちらの場合かを明らかにできないので、⁽⁵⁾事実審裁判官はできるだけ量刑上重要な事実について積極的表現を用いるべきであるとする。

その後、第三刑事法廷はこの判例にそって、保護を命じられた者の性的虐待罪(一七七条)の被害者が自分からは行為者に親切にはせず、性的関係への糸口を与えていないことを刑を重くするものと評価した原判決を、これは右の判例が言う量刑上重要な存在する事実ではなく、もし仮に存在したなら刑を軽くする要素(被保護者の方から行為者に接近

への糸口を与えること)の不存在を刑を重くするものとしたもので、誤った評価基準によっているとして破棄した。⁽⁶⁾

また、第四刑事法廷も、詐欺罪と背任罪で経済的窮乏の不存在を刑を重くするものとした原判決を破棄したが、被告人の経済状態が良く、他人の物の利得に向けられた犯行への何らの糸口がない場合は非難し得ることは認めている。⁽⁷⁾

その後は、実際に存在する量刑上重要な事実であれば消極的表現を用いても良いとする判例は多くなった。第五刑事法廷も、経済的窮乏の不存在という表現が用いられていても、他の確定された事実から、被告人はナイトクラブの用益貸借人であり、飲食店のマネージャーとして相当の金額を自由にできたことが明らかならば、経済状態が特に良いのに他人の物を利得したことは刑を重くするものと評価し得るとした。⁽⁸⁾ 第三刑事法廷もこの趣旨を繰り返している。⁽⁹⁾ さらに、第二刑事法廷も、例えば、経済的窮乏の不存在が、被告人の経済状態が良いにも拘らず、強い利益追求意思が存在するような、非難し得る動機を示す場合には、消極的表現も許されたとした。⁽¹⁰⁾

しかし、消極的表現を用いた原判決を破棄する判例もかなり多い。例えば、薬物取引が自己使用のためではなく、自分の必要性を満たすためではないことは、刑を軽くしうる事情の不存在であり、刑を重くするものと評価できないとされる。⁽¹¹⁾ そして、このような判例の多くは第二刑事法廷のものである。刑を重くするものとは評価できないとされた事情としては、薬物犯罪で特別な必要状態になく又は中毒ではなかったこと、⁽¹²⁾ 性的強要罪において被害者が性的行為についての糸口を与えたのではなく、被告人も性的窮乏状態になかったこと、⁽¹³⁾ 経済状態が良く行為は経済的窮乏からではなく、利益追求からなされたこと、⁽¹⁴⁾ 特別な窮乏状態になく、他人の財産を必要とせず、労働によって生計を維持できたはずであること、⁽¹⁵⁾ 強姦罪について行為者は同棲をしており何ら暴行・脅迫による性的満足についての理解し得る糸口がないこと、⁽¹⁶⁾ 窃盗罪について、行為へと導いた経済的必要性が窮乏と言えほど強くないこと等をあげ得る。⁽¹⁷⁾ そして、ここで破棄された判決が第三刑事法廷の判例の言う、仮定的な事情であって現実と関係のない事情について

の単なる仮定的考慮、例えば、経済的窮乏の不存在や性的窮乏の不存在を量刑の出発点とし、それらが行為を何ら特徴付けていないのに刑を重くしたと言えるかには疑問がある。利益追求の動機は存在する事情であるし、その他の消極的表現による事情もまったく量刑に関係がないとは言えないように思われる⁽¹⁸⁾。

量刑に関係のない事情はもちろん量刑上考慮できない。この点で第三刑事法廷の判例が単なる仮定的事情を量刑の出発点としてはならないとしたのは妥当である。しかし、量刑に関係のある事情は消極的表現によるものでも考慮してよいはずである。第三刑事法廷の判例は、これが許される場合の例として、経済状態が良くて何ら犯行への糸口がない場合は特に非難されるので刑を重くし得るとした。すなわち、特に刑を重くする様な場合は考慮して良いとしたものとも理解できるのである。しかし、そうすると、消極的表現を用いているが、なお量刑上関係のある事情が読み取れる場合に、その事情が特に刑を重くする(又は軽くする)とも言えないような場合には結局、その事情は考慮できなくなるのではないかとの疑問が生じるのである⁽¹⁹⁾。そして、第二刑事法廷はこのような見解であるとも解し得るのである。

- (1) Bruns, Anmerkung (BGH JR 1980, S. 337), JR 1980, S. 337.
- (2) Bruns, JR 1980, S. 337
- (3) BGH JR 1980, S. 335.
- (4) Bruns, Anmerkung (BGH NStZ 1981, S. 60), NStZ 1981, S. 61.
- (5) BGH NStZ 1981, S. 60.
- (6) BGH NStZ 1982, S. 463.
- (7) BGH NStZ 1981, S. 343.

- (8) BGH NStZ (Mösl) 1982, S. 151 (5StR 268/81). Vgl. BGH NStZ (Mösl) 1981, S. 131 (5StR 149/80).
- (9) BGH NStZ (Mösl) 1983, S. 163 (35StR 263/82).
- (10) BGH NStZ (Mösl) 1984, S. 161 (2StR 63/83).
- (11) BGH NStZ (Mösl) 1982, S. 151 (4StR 47/81, 4StR 103/81, 4StR 305/81).
- (12) BGH NStZ (Mösl) 1983, S. 163 (2StR 34/82).
- (13) BGH NStZ (Mösl) 1983, S. 163 (2StR 218/82).
- (14) BGH NStZ (Mösl) 1984, S. 161 (2StR 439/83).
- (15) BGH NStZ (Mösl) 1984, S. 161 (2StR 722/83).
- (16) BGH NStZ (Theune) 1986, S. 496 (2StR 722/85).
- (17) BGH NStZ (Theune) 1987, S. 163 (2StR 550/86).
- (18) Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 250.
- (19) Theune, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht, NStZ 1987, S. 163; Mösl, Zum Strafzumessungsrecht, NStZ 1981, S. 133.

三 大法廷決定

第一刑事法廷は窃盗罪について被告人が金銭的窮乏になかったこと、労働の機会があり、窃盗は絶対的に必要なわけではなかったことを刑を重くする要素とした原判決を維持するにあたって、これが第二刑事法廷の判例と異なることを理由に、憲法一三六条一項によって大法廷に判断を求めた。

第一刑事法廷は次のように述べた。「連邦最高裁の多くの判例は、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くし得ず、刑を重くする事情の不存在は刑を軽くし得ないとしている。ここで、多くの判例で経済状態が悪いことは刑を軽くする事情とされているが、経済状態が特に良い場合に刑を重くすることは許されている。これに対して、通常の、普通の、

なお良好な経済状態は刑を重くするものとは評価できない。結論的に、量刑上重要ではないことになる。この原則が一般的に正しいかどうかは—当刑事法廷はこれを疑うが—不問に付し得る。これとは関係なく、通常の経済状態を刑を重くするものと評価してはいけな⁽¹⁾いとの一般原則はない。刑法四六条二項は行為者の経済状態を特に考慮すべき量刑事情としており、判例でも行為者の人的関係・経済的関係の詳しい把握が量刑の前提とされ、特に所有権犯罪・財産犯についてはそうであることは一致している。「そのような詳しい把握が意味があるのは、事実審裁判官が得られた結論を量刑で有意義に評価し得る場合のみである。当刑事法廷が問題としている判例はこれを妨げ⁽²⁾る。」

「事実審裁判官が犯行のどのような事情を刑を重くし又は軽くすると評価するかは彼の仕事であり、彼には広い裁量権がある。同じことは経済状態の評価にも言えねばならない。上訴審が介入し得るのは法的誤りが存在する場合のみである。事実審裁判所が普通の経済状態を刑を重くするものと評価したときにどこに法的誤りがあるのかは従来の判例では明らかではない。」⁽³⁾刑を軽くする事情の不存在は刑を重くし得ないとの原則は、量刑事情の Normal Fall (規範的通常事例) を前提とし、これによって重くするか軽くするかが調べられるのである。ここでは(規範的に)通常の犯行現象について述べられ、法的誤りの根拠として刑法四六条三項の二重評価の原則の規定があげられるが、行為者の経済状態は構成要件メルクマールではないので、これは適切ではない。次に、法的誤りは経験則の範囲外での量刑であることに求められる。例えば、補助的仕事の収入が異常に高く評価され、そこから刑が重くされる場合である。しかし、これはすべての量刑事情について生じ得るものであり、また、一定の高さの収入を一定の場合に刑を重くするものと評価することを何が妨げるのか明らかではない。このことは普通の収入、普通の経済状態を事実審裁判官が評価する場合にも同様である。⁽⁴⁾

「さらに、経済状態を他の量刑の観点から離して考察し、評価し得ることも前提とされているが、これも不可能で

ある。行為者の経済状態とその他の量刑事情（被害者の経済状態も含む）はしばしば相互関係にある。行為者は比較的経済状態が良いが貧乏人から盗るのか、金持ちの余剰から盗るのか、行為者の経済状態に照らして、余分を盗るのか、必要なものを盗るのかは区別して良いはずである。⁽⁵⁾「事実審裁判官が行為と行為者の全体評価をして、その中で行為者の経済状態を調べ、その他の量刑事情に関係させて、被告人に不利な事情として評価するなら、これを重くすると表現するかどうかは二次的な問題である。同様に、犯行が理解できるとするなら、経済状態についての絶対的評価をしない、軽くすることもできる。「重くする又は軽くする」という表現それ自体は法的検討にとって決定的ではない。決定的なのは、それによって把握された事情の量刑での意義・影響が法的に擁護し得る方法で検討され、衡量され、評価されているかである。ここで刑法四六条二項の行為者に有利な事情と不利な事情の衡量の概念は、すべての量刑上重要な事実をまずそれ自体で評価し、重い又は軽い欄に記入するとうように解釈してはならない。むしろ、経済状態を他の事情とともに全体像の中で考慮し、行為に対する意義を明らかにし、量刑で有意義に評価することを命じているのである。」⁽⁶⁾

第二刑事法廷はこれと異なった判決をしているが、第三刑事法廷は個々の判決の不当は表現の形式に依るのではなく、実際の事情がその形式を満たすためにあげられているか否かであるとする。第四刑事法廷は薬物取引について経済的困窮になかったことは刑を軽くする事情の不存在であり、刑を重くするものとしてできないと判示した上で、このような原則が、行為者の経済状態は犯行を必要としなかったとの考慮をも妨げるかは、刑事法廷によって異なるとし、第四刑事法廷はこれを否定する方向であった。第五刑事法廷は経済的窮乏の不存在を刑を重くするものと評価することに異議をとらえず、消極的表現も単に言葉の問題であるとする。⁽⁷⁾

この第一刑事法廷の決定は、金銭的窮乏になかったという量刑事情自体の評価に意義を認めないものと解し得る。

第一に、二重評価の問題ではないとの見解の影に隠れているが、経済状態についての Normal Fall は存在しないと、経済状態についての評価の基準がないとしている。第二に、個々の量刑事情について絶対評価はせず、他の量刑事情との相互関係の中で、行為と行為者の全体像の中で評価するものとしている。第三に、ヘッティンガーの指摘するよう⁽⁸⁾に、本件では事実審裁判官が実際に存在する事情を誤って消極的に表現したかどうかは明らかではないのに、事実審裁判官の量刑を維持している。上訴審は事実審裁判官の表現から量刑を審査するしかないので、思考上の誤りの疑いがあるなら破棄しなければならぬはずである。差戻し後の事実審が同じ量刑をするかもしれないが、その時に初めて始めの量刑が誤ってはいなかったことが判明するのである。第一刑事法廷が消極的表現の問題それ自体には取り組んでいないのは、消極的に表現された量刑事情それ自体の評価には意義がないことを前提としているからではなからうか。

このように消極的表現の問題とは異なった量刑の根本問題を内包しながら、大法廷に「被告人が金銭的窮乏になかった、又は、労働の可能性があり、窃盗は絶対的には必要なかったという事情は刑を重くするものと評価しうるか」が問われた。大法廷は次のように述べた。

まず、提出された問題は一般的には答えられず、個々の場合によるとする。次に、上訴審の量刑審査は事実審裁判官の量刑の説明の実質的内容によるのであって、積極的表現か消極的表現かによるのではないとする。「刑を重くする事情の不存在は刑を軽くしないとの原則についても同じことが言える。第三刑事法廷が適切に述べているように、裁判所は確定された事実に基づいて量刑しなければならず、判断されるべき事実と関係のない仮定的事実によって量刑してはならないことをこの原則は表している⁽⁹⁾。」

「この量刑について一般的に妥当する原則は行為者の経済状態にもあてはまる。それが当該事例で量刑上重要であ

るならば、右にあげた限界内ではそれが被告人の有利になるか、不利になるかを決定するのは事実審裁判官の役目であり、法違反があるか否かの審査では上訴審は判決理由の実質的内容を確定すべきであり、消極的表現か否かには固執すべきではない。被告人が金銭的窮乏になかった、又は、労働の可能性があり、窃盗は絶対的には必要なかったという確定は他の同内容の表現と同様に、しばしば、被告人は普通の経済状態にあり、これを考慮すると、理解できない動機から犯行したことを被告人の不利に評価したとも解される。⁽¹⁰⁾」

「事実審裁判官は一定の経済状態の評価方向の決定において―他の量刑上重要な事情や量刑一般におけるのと同様に Normal Fall（規範的な通常事例。これは経験的に現れる平均的事例と混同してはならない）から出発するのではない。これと異なる見解は法律は Regel Fall とそれに相応の Normal な刑罰を知っており、そこから差し引きによって刑を確定するという仮定に基づいている。この見解は必然的に個々の点までの上訴審裁判官による量刑コントロールに至る。⁽¹¹⁾」Normal Fall の確定はさらに、それを特徴づける事情とそれとの相違を特徴づける事情の区別を強いる。後者は量刑で考慮すべきだが、前者は考慮すべきではないことになる。これは行為を形成する事象・事情を分割することになる。刑を重くする事情、軽くする事情というカテゴリーに第三のカテゴリーとして、量刑上重要ではない事情が加えられるというブルンスの分析は、そのような考え方の問題性を明らかにしている。⁽¹²⁾」このような規範的な Normal Fall の承認は事実審裁判官に広い法定刑を任せているドイツ刑法の体系に反する。

広い意味での財産犯では、行為者の行為時の経済状態は行為の動機と心情を理解できる、理解できない、非難し得るなどと特徴付けるのに適している。その場合、この事情は被害者の経済状態等他の事情と相互関係がある。特別予防の観点では、判決時や将来の経済状態等が重要である。「個々の場合の量刑事情の複合性は規範的な Normal Fall が法律とはあまり関係のないことを示している。⁽¹³⁾」

大法廷決定は、第三刑事法廷の見解に賛成し、刑を重くする事情の不存在は刑を軽くしないとの原則は実際の事情のみを量刑の基礎とし得ることを示したものであるとする。そして、被告人が金銭的窮乏になかったという事情も、被告人は通常の経済状態であったので窃盗の動機が理解できないという実際の事情を示すので量刑上刑を重くするものとして考慮して良いとするのである。ここでは第一刑事法廷とは異なり、実際に存在するものであれば経済状態それ自体について刑を重くするものと評価し得るとの前提がとられているといえよう。⁽¹⁴⁾ 但し、その評価にあたって、規範的な Normal Fall を基準とすることはできないとするのである。それは第一に、過度の上訴審による量刑への介入を避け、第二に、ある事情が量刑上関連性があるが、刑を重くも軽くもしない場合を否定し、⁽¹⁵⁾ 第三に、ある量刑事情は他の量刑事情との相互関係で事例毎に異なった評価が与えられることによる。これらは量刑上重要な観点であり、この大法廷決定は量刑法の発展に貢献したといえる。⁽¹⁶⁾ しかし、とくに、規範的な Normal Fall と区別すべき経験上の通常事例については詳しい言及がなく、何が量刑事情の評価方向の決定基準なのかは明らかにされなかった⁽¹⁷⁾のである。

- (1) BGH JR 1987, S. 120.
- (2) BGH JR 1987, S. 120.
- (3) BGH JR 1987, S. 120.
- (4) BGH JR 1987, S. 120.
- (5) BGH JR 1987, S. 120.
- (6) BGH JR 1987, S. 121.
- (7) BGH JR 1987, S. 121.

- (8) Hettinger, Anmerkung (BGH JR 1987, S. 120), StV 1987, S. 147ff., S. 149.
 - (9) BGH NSStZ 1987, S. 451.
 - (10) BGH NSStZ 1987, S. 451.
 - (11) BGH NSStZ 1987, S. 451.
 - (12) BGH NSStZ 1987, S. 451.
 - (13) BGH NSStZ 1987, S. 451.
 - (14) Theune, Zum Strafzumessung- und Maßregelrecht, NSStZ 1987, S. 493.
 - (15) Bruns, Anmerkung (BGH NSStZ 1987, S. 450), NSStZ 1987, S. 452.
 - (16) Bruns, NSStZ 1987, S. 452.
 - (17) Theune, Zum Strafzumessung- und Maßregelrecht, NSStZ 1987, S. 492ff., S. 493.
- なお、第一刑事法廷決定後、第四刑事法廷は、通貨偽造罪について、被告人が経済的窮乏になく利益追求の態度だったことを刑を重くするものと評価した原判決を、刑を軽くする事情の不存在によって刑を重くしている可能性があるととして破棄した。BGH NSStZ 1987, S. 323.
- また、第二刑事法廷は大法廷決定の後に、重強盗の Vorabredung と恐喝未遂について、被告人が親の生計で生活しており、月に一三〇〇DMを稼ぎ、三〇〇DMの債務を支払わねばならなかったが、より確固とした地位で働くことができ、決して経済的窮乏になかったことを重くするのは法的に誤っているとした (BGH NSStZ (Theune) 1987, S. 495)。

四 学 説

この問題についての学説は大きく三説に分けることができるように思われる。

(一) 第一はフォスの見解である。フォスは連邦最高裁の判事であった。フォスの見解は個々の量刑事情それ自体については一定の評価を特に行わないものといえる。

まず、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くするものとは評価できないとの判例の原則は、量刑の出発点として、ノーマルな始点となる評価があり、これが刑を重くまたは軽くする方向で修正されるのであり、軽くする事情があればこれより軽くなるが、そのような事情が存在しないならば、それは量刑事実としては考慮の外に置くという考え方を前提とするもので、これは誤っているとす⁽¹⁾。

判例は行為と行為者に付着する事情の全体評価を要求しており、裁判官の任務は法定刑の中でその事例に相応の位置を見つかることである。ここで初めて平均的事例というものが出てくる。この全体評価においては、ここで問題となっている量刑事情、例えば、行為者の経済状態、性的生活、薬物取引者の自己の薬物への関係、殺人の犯行の動機等はすべて重要であり、行為の全体像を特徴づけ、法定刑の中でその事例を位置付けるの役立つ。ここでは刑を軽くしない事情は刑を重くするのであり、その反対もいえるのであって、ニュートラルな領域は存在しないとする⁽²⁾。

個々の量刑事情はその事例が法定刑のどこに位置付けられるかについては何もいわない。個々の事情は全体的考察によって、法定刑の上の方にいく場合にこれをおしとどめて軽くする方向にし、その反対もいえる。刑法四六条は行為者に有利な事情と不利な事情を衡量するように規定しているが、これは、まず、すべての量刑事情を刑を軽くするものと重くするものに分け、これをそれぞれの欄に記入するというような方法ではなく、全体評価をすべきだとの規定である⁽³⁾。

但し、例えば、判例は殺人罪で直接故意を刑を重くするものと評価できないとし、低級な動機からの未必の故意の殺人は、理解し得る動機による直接故意の殺人よりも刑が重くなるとしたが、これは全体評価をしている限りで正しいが、故意の形態は独立した量刑事実としては不適格であるとしたのは誤りであるとする。五〇マルクを貧乏人から盗るのは、一〇、〇〇〇マルクを金持ちから盗るよりも責任が重いが、損害額が量刑事実であることは明らかだか

らである。⁽⁴⁾

フォスによれば、判例の原則に従うならば、事実審裁判官は誤った表現を恐れるあまり、量刑事実をあげないか、「……は軽くできない」等の表現をもちいてこの問題を処理するようになってしまっているのであり、これは量刑の合理化を妨げることになる。⁽⁵⁾

このように、フォスは個々の量刑事実に独立した意義を認めるが、独立の評価はしないのであり、評価はすべて全体的評価によるのである。また、消極的表現を用いても、それが実際に存在する量刑事実ならば許されることになる。これは第一刑事法廷決定と同じ論理であり、フォスの見解が第一刑事法廷決定に影響したことは明らかである。⁽⁶⁾

(二) 第二の見解は個々の量刑事情それ自体に一定の評価をしようとするものであり、その評価の基準として、統計上通常の場合か否かをあげる見解である。

ホルンは、法定刑の中で通常の平均的事例を考えることは量刑の合理化への唯一の期待できる方法であるとする。フォスも平均的事例の存在は認めていたが、それを全体評価の後で用いようとしていたのに対して、ホルンは全体評価の前にこれを個々の量刑事情の評価の基準として用いようとするのである。⁽⁷⁾

この平均的事例については判例も思考上の通常事例や規範的な通常事例（法定刑の中央に位置する）と統計上の通常事例（多くは法定刑の下限よりの三分の一のところ⁽⁸⁾に位置する）を区別している。⁽⁸⁾ トイネは判例は前者によっており、例えばヘロイン中毒者の行為も限定責任能力者の行為も規範的な通常事例にあたらな⁽⁹⁾いとするとする。しかし、ホルンによれば、事実審裁判官は規範的な通常事例を考えているのではなく、例えば中毒者のヘロイン取引をむしろ実務上の通常事例と考えているのである。このような場合は法定刑の下方に位置するが、これを法定刑の中央に置いてしま⁽⁹⁾うと例外的に生じる重大な場合について責任と不均衡に軽く処断することになってしまう。結局、判例は規範的な

通常事例から出発しているとのトイネの理解は誤りである。このような通常事例に固執する者は、刑を軽くする事情の不存在に刑を重くする効果を否定するためにのみそうしているとの疑いが生じるとい⁽¹⁰⁾う。

どのような事例が通常の事例なのかについては事実審判官が判断し得る。しかし、ホルンによれば、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くし得ないという原則についての判例からは、連邦最高裁がどのような場合を通常事例に属すると考えているかが判るとする。上訴審判官は、事実審判官がこの統計的な通常事例を正しくとらえているかに疑いをもっているのである。例えば、窃盗で経済的窮乏の不存在は刑を重くするものと評価できないとの判例は、経済的窮乏は窃盗の通常事例のメルクマルではないとしているのである。所有権犯罪、財産犯において窮乏からの行為が統計上の通常事例であるということになれば、窮乏がない場合は刑を重くして良いことになる。このように統計的な通常事例の特別の量刑事情の欠如によって、法定刑の中のそれ以外の部分での量刑が基礎付けられる事になる。⁽¹¹⁾

この見解によれば、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くするものと評価してはならないとの原則は、その事情(例えば窃盗罪での窮乏)の存在又は不存在が統計的な通常事例の記述に實際上意味がないからであるとの観点からのみ正当化されることになる。⁽¹²⁾

(三) 第三の見解は個々の量刑事情それ自体を評価するが、その評価について一般的基準を用いず、個々の場合の中である事情が刑を重くするか軽くするかが決定的であるとするものである。

ブルンスはまず、全体的評価のみを行なうフォスや第一刑事法廷決定の見解に反対する。ある事情が刑を軽くするか重くするかは事案によって異なり、また、行為者の経済状態は被害者の経済状態との関係において考慮されるが、他の量刑事実、特に異質な量刑事実(例えば、財産犯での武器の使用)の存在によっては影響されないとする。秤の二つの皿が正しく満たされている場合にのみ秤は有効に機能するのと同様に、刑法四六条の行為者に有利な事情と不利な

事情の衡量は個々の量刑事情の正当な評価の後に初めてなしうるとする⁽¹³⁾。

個々の量刑事情の評価方向の決定については通常の事例(Normal Fall)は基準とはならない。例えば、通常の経済状態というものは存在しない⁽¹⁴⁾。

刑法四六条二項は経済状態の考慮を要求しているので、まず、考慮はするがそれが事案の内容に照らして、刑を重くも軽くもしない場合があるということを前提としている。大法院決定は刑を重くするか又は軽くするものに限って量刑関連性を認めるが、そのような考え方には従えない⁽¹⁵⁾。

結局、この見解によれば、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くするものと評価できないとの原則は、この消極的表現によって、実際に存在しない仮定的な量刑事情に量刑関連性を否定すべきことを述べているにすぎないこととなる。金銭的窮乏になかったとの表現も普通の経済状態であったという実際に存在する事情を意味すると解し得る場合には、量刑関連性が認められる⁽¹⁶⁾。後はその事案に照らしてその事情が刑を重くするのか軽くするのかを決定することになる。

(四) 第一刑事法廷およびフォスの見解は個々の量刑事情の評価を認めず、当該事例の全体の印象によって量刑することになる。したがって、量刑自体が上訴審において擁護される範囲に於いては量刑方向の誤りは是正されないことになる。これは、個々の量刑事情の評価を認める判例に反するし⁽¹⁷⁾、また、そのことを通して、量刑の合理化を図ろうとする学説の正当な潮流に逆行することになり、妥当ではないと言えよう。

次に、ホルンの見解は一定の比較対象事例を前提とするものである。ホルンはこの消極的表現の問題を通じて、量刑一般の考え方とした。例えば直接故意での殺人は通常事例なので、法定刑の半分以上以下の領域での量刑になるとする。このような考え方は事実審裁判官には受け入れられやすいのではないだろうか⁽¹⁸⁾。大法院決定は規範的通常事例を量刑

の基準とすることに反対したが、連邦最高裁第三刑事法廷は（統計的）通常事例と思考上の平均的事例（規範的通常事例）を区別し、場合によっては、（統計的）通常事例を量刑の基準とすることを認めている。すなわち「法定刑は立法者の拘束的決定によって、思考上の最も重い場合をも包括すべきなので、裁判官は当該事例の判断においては、刑罰を法定刑の正しい領域において見いだすべきときにこの事例グループにも目をむけねばならない。これに対して、行為の重大さが、経験的に常に繰り返して現われる事例の中間領域にある場合に、法定刑の中間から刑を選択するのは誤りである。というのは、構成要件は広い容量を備えているので、犯行の大部分は比較的重大性が少ないからである。

この多くの場合を、はるかに稀な重大なないしは最も重大な場合とともに行為の重大性の平均的評価の探求において用いるならば、通常の場合の評価は必然的に、立法者が考慮した構成要件実現の、すなわち、最高刑と最低刑で限界付けられた法定刑を予定する構成要件実現の中間より下の領域に存在しなければならぬ」とした。⁽¹⁹⁾

大法廷およびブルンスの見解は、個々の量刑事情の評価を重視する点で、量刑の合理化をめざすものと評価できる。しかし、その判断は個々の事例の中で行われるので、明確な基準がない点が問題となる。もちろん、大法廷も経験的通常事例を基準とすることを全く否定しているとはいえない。しかし、事例毎の判断が強調されている。また、ブルンスも法定刑が責任と不法の重さによって決まっておき、法定刑の中での量刑においても責任と不法の重さによって段階付けをすべきであり、その際、経験上の通常事例との比較をしなければならぬとする。⁽²⁰⁾そして、連邦最高裁の（統計的）通常事例と思考上の平均的事例（規範的通常事例）の区別に賛成し、まず、思考上の平均的事例を考え、次に、それとは異なる通常事例を法定刑のどこに位置付けるべきかを考え、当該事例の量刑をするときに正しい法適用となるとする。しかし、通常事例の判断にあたっては、限定責任能力のように立法者の意思によって通常事例から除外すべきものもあるとする。ここでは通常事例が規範的通常事例的に考えられているようでもある。もっとも、限定責任

能力は法定刑の変更を伴うので別に考えなければならぬとも言える。しかし、他方、事実審裁判官の経験からも、犯罪統計的にも得られない基準もあるとし、上訴審の最終的な全体的考察によって基準が設定されるというメーソルの見解を正当とするのである。⁽²¹⁾ 通常事例の判断基準は曖昧なままである。

- (1) Foth, Strafschärfung/Strafmilderung-eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung, JR 1985, S. 397.
- (2) Foth, JR 1985, S. 397f.
- (3) Foth, JR 1985, S. 398.
- (4) Foth, JR 1985, S. 398.
- (5) Foth, JR 1985, S. 399.
- (6) Bruns, Über die „Bewertungsrichtung“ negativ formulierter Strafzumessungstatsachen, JR 1987, S. 90.
- (7) Horn, Strafshäftung und Strafmilderung-im Verhältnis wozu?, StrV 1986, S. 168ff., S. 169.
- (8) BGHSt. Bd. 27, S. 2 (4f.).
- (9) Theune, Grundsatz und Einzelfragen der Strafzumessung; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof, StrV 1985, S. 162ff., S. 205ff., S. 205. 「フーネ自身は、ホルンと同様に統計的な通常事例を基準とする見解を採らなかつた」。
- (10) Horn, StrV 1986, S. 169f. 「ミッテナーも思考上の通常事例は机上の空論であり、実際には存在しないと批判する。ミッテナーも経験上通常事例の事例を基準としようとするが、それをどのように定義するかについては明らかでない」。Anmerkung (BGH JR 1987, S. 119), StrV 1987, S. 147ff. Vgl. Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei Strafrahmenden Umständen, 1982, S. 143; Timpe, Strafmilderung des AT des StGB und des Doppelverwertungsverbot, 1983, S. 143.
- (11) Horn, Systematische Kommentar zum StGB, Bd. I., A.T. 5. Aufl., 1989, § 46 Rdn. 87ff.; der., StrV 1986, S. 170.
- (12) Horn, StrV 1986, S. 170.
- (13) Bruns, a. a. O., JR 1987, S. 93; ders., Anmerkung, NSTZ 1987, S. 452.
- (14) Bruns, JR 1987, S. 94.
- (15) Bruns, JR 1987, S. 94; ders., NSTZ 1987, S. 452.

- (16) Bruns, NStZ 1987, S. 452.
- (17) Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 243ff.
- (18) Horn, Systematischer Kommentar, § 46 Rdn. 90; BGH StrV 1984, S. 114.
- (19) BGHSt. Bd. 27, S. 2ff., S. 4. その後、連邦最高第三刑事法廷は、最低刑も思考上の最も軽い場合を予定しているのではないという。BGH NStZ 1984, S. 359. ツイップはこれに賛成し、裁判官の評価によって、当該事例の不法内容がその犯罪類型のとくに軽い形での実現とされる場合に最低刑が適用されるという。Zipf, Anmerkung (BGH NStZ 1984, S. 359), NStZ 1984, S. 359.
- しかし、統計上の通常事例を基準にすると、第一に、現在の量刑実務を是認し、前提とすることになり、現在の実務が誤った方向にあるとしてもこれを是正する糸口がないことになるように思われる。第二に、統計上の通常事例を基準にする見解は量刑は責任の幅の中で予防の観点から行なうとの通説的見解から離れて、とくに自由刑では刑の高さを決定するのは責任に限界付けられた不法の量であるとの前提に立つ場合により説得的であるように思われる。通常事例を構成し、また、通常事例と比較が容易なのは、特に特別予防的観点からの行為者の評価を離れた行為の事情であろう。また、ツイップが主張するように、行為者自身についての評価は上訴審では不可能なので、上訴の対象とすにくいからである。Zipf, Strafzumessung, 1977, S. 506, 539, 557; ders., Strafnabreivision, 1969, S. 223ff.
- (20) Bruns, Anmerkung (BGHSt. Bd. 27, S. 2), JR 1977, S. 165.
- (21) Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 60ff.; Mösl, Strafzumessung, NStZ 1982, S. 148; Mösl, Strafzumessung, NStZ 1984, S. 60.
- 規範的通常事例を基準とすれば、量刑実務の方向が誤っている場合は是正は可能になる。なお、ブルンスはホルンとは異なり、量刑一般では責任の幅の中で予防を考えるのであり、責任と予防を明確に区別して扱うとの立場をとらない。Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 105ff.

五 規範的通常事例と統計的通常事例

法定刑は裁判官の量制裁量を上限と下限とによって限界付けているだけでなく、その構成要件に該当するすべての

可能な事例についての重大性のスケールを含んでいると考えられる。⁽¹⁾すなわち、法定刑は不法と責任の程度による段階的スケールであり、上限が考え得る最も重大な事例を特徴づけ、下限が考え得る最も軽い事例を特徴づけ、その中間の刑は両極端から次第に離れていく事例に相当するのである。

しかし、ドレーアーのように、この不法と責任の程度についての評価や、そこから具体的な刑を導く事は裁判官の創造的活動であるとし、裁判官に全く任せられているとするのでは、⁽²⁾量刑基準に欠け、量刑の公平性に欠けることになりかねない。あるいは、事例に直面して、法定刑の中央に位置する刑が適当であるとの判断から、行為を中間的なものとして評価し、法定刑の中央に位置付けるといふ循環論法に陥ってしまう。⁽³⁾やはり、裁判官は行為と行為者の全体像から直接に具体的な刑を量刑することはできないように思われる。当該事例を判断する基準、より具体的には比較の基準が必要なのである。この比較の基準を提供しうるとされているのが先に述べた規範的通常事例と統計的通常事例である。規範的通常事例とは、立法者の評価を基礎にして、法定刑の中央に位置する刑罰を相当とする事例である。統計的通常事例とは、実際に最も頻繁に現われる事例であり、それに相当する刑罰は法定刑の下限よりの三分の一に属することが多いとされる。これらの事例の研究は新しいものではないが、ここでは比較的最近の研究を検討してみたい。

(一) 規範的通常事例の主張者はモンテンブルックである。彼は裁判官が具体的刑罰を導く際の最も有用な基準として通常事例をあげる。もともと、モンテンブルックは、算術的意味での法定刑の中間に相当する事例を基準とするのではない。モンテンブルックによれば、⁽⁴⁾ドイツでは立法者は不法と責任に係る量刑理由を構成要件に照らして三つに区別している。すなわち、特に重大な事態・比較的⁽⁴⁾重大ではない事態・通常の事態である。特に重大な事態と比較的⁽⁴⁾重大でない事態は法定化されているものといないものがあるが、法定化されているものの法定刑は、同様の法定

刑を規定されている犯罪類型においても考慮しうるのである。⁽⁵⁾ もちろん、法定化されている特に重大な事態を法定化されていない事態と全く同様に扱うべきだというのではない。ただ、量刑についての一つの指針としようというのである。たとえば、裁判官が法定化されていない特に重大な事態を認めたと拘らず、比較しうる法定化されている特に重大な事態の最低刑よりも軽い量刑をするならば、法定刑の範囲内の量刑ではあるが、軽すぎる刑として上訴しうるとする。もちろん特別予防の観点から、このような量刑も可能ではあるが、少なくとも判決理由でそのことを説明しなければならぬ。また、裁判官が法定化されていない特に重大な事態を見落とした場合は量刑上本質的な観点を考慮していないので、量刑理由は誤りであることになる。⁽⁶⁾

ところで、判例は特に重大な事態を定義して、行為者人格を含めた行為の全体像が、経験的な通常事例と異なっていて、例外的な法定刑の適用が必要と思われる、行為の特別の当罰性に照らすと通常の法定刑では十分ではない場合であると⁽⁷⁾する。モンテンブルックによれば、これは通常の法定刑とあわせた全体的法定刑を想定するものであるが、この考え方によると、法が特に重大な事態について下限だけを切り上げ、上限は切り上げていない場合には、特に重大な事態の概念は不要になるとして批判する。⁽⁸⁾モンテンブルックは、判例・通説も特に重大な事態を、すべての具体的な事態の衡量によってではなく、事態の特殊性によって、特に、法の他の条文において例示又は加重事由として示されている事情によって根拠づけようとしているとし、これは妥当であるとする。例えば、動機としては、利得目的(二七二条)、犯行隠蔽目的(三一五条三項)、性的満足のための目的(二二一条)等をあげ得る。次に、特別の責任にも拘らず行為した場合として、特別の信頼の破壊(二二〇条、二四六条等)、親に対する行為(二二一条二項)等がある。さらに特殊な規範関係での損害の惹起として、営業性(二四三条一項三号、二六〇条等)、経済的困窮状態の惹起(三〇二条a二項)等がある。また、身体・生命に危険な行為として、銃器携帯(二二一条三項、一二五条a一号)、死の危険や重大な傷害の惹

起(一一三条二項二号、一二五条a三号)等がある。特別の保護措置を破った行為としては、侵入窃盗(二四三条一項一号)等をあげるとする⁽¹⁰⁾。全体的衡量ではなく、これらのメルクマールの存否によって特に重大な事態の刑で量刑する場合のみ、上訴審が比較事例に照らして原審の量刑を再検討する余地が生じる⁽¹¹⁾。

モンテンブルックは、比較的重大ではない事態についても同様に、一定のメルクマールの存否を決定的とすべきであるとする。例としては、所有権犯罪・財産犯罪における盗品の価値の少なさ(二四八条a)、親族相盗(二四七条)、特別の挑発(一一三条)等をあげている⁽¹²⁾。例えば、特別の挑発は傷害致死でも比較的重大ではない事態とされることになる⁽¹³⁾。

最後に、特に重大な事態の法定刑と比較的重大ではない事態の法定刑が重なる部分が規範的な通常的事例(einfach)となる。五年以下の自由刑が法定刑の犯罪の場合、特に重大な事態の法定刑の下限は六ヵ月であり、比較的重大ではない事態の法定刑の上限は三年九ヵ月(四九条)なので、六ヵ月以上三年九ヵ月未満の自由刑が通常事例に相当の刑となる⁽¹⁴⁾。これを構成要件の観点から見ると、通常事例となるのは、特に重大な事態と比較的重大ではない事態のメルクマールが存在しない場合、あるいはそれぞれ対立するメルクマールが相殺しあい、刑を重くするメルクマールと刑を軽くするメルクマールが対立しあっている場合である。統計的に通常的事例は、比較的重くない事態のメルクマールを含んでいるものが多く、この規範的な通常的事例の刑の範囲にはない⁽¹⁵⁾。

モンテンブルックが、行為と行為者の全体像による量刑ではなく、一定のメルクマールの存否を量刑上重視した点は評価すべきである。このような方法によって上訴審での量刑審査が容易になり、類似した事例に類似した刑を科すことが可能になるように思われる。また、その基準を、規範的な、すなわちドイツ刑法そのものから導かれる、理想とすべき事例の分類に求めている点で特徴がある。統計的な通常事例を基準にせず、現在の量刑実務を前提にしてい

ない点で、量刑を理想的なものに、ドイツ刑法の立法者が想定したであろうものに近付けることができるとの考えによるのかもしれない。このモンテンブルックの立論は、ドイツ刑法の法定刑の体系は、基本となる事態、特に重大な事態、比較的重大ではない事態の区別を確固として確立しているとの前提にたち、各犯罪の法定刑の関係を入念に分析して生み出されたものなのである。しかし、わが国の現行刑法はこのような三分類によっておらず、統一的な非常に幅の広い法定刑を規定している点で異なる。したがって、モンテンブルックの立論をわが国の量刑論としてそのまま受け入れることはできないのである。

また、モンテンブルックの主張はもともと刑罰枠に関するものである点に注意しなければならないであろう。すなわち、特に重大な事態等が存在するときは刑罰枠そのものが変更されるのであり、処断刑の問題である。これに対して、特に重大な事態が法定されていない構成要件において、他の規定の特に重大な事態のメルクマールを満たす場合は、刑罰枠の変更ではなく、具体的な刑罰を導く基準の問題と解し得る。しかし、その場合も、そのメルクマールの存在によって導かれる刑罰は広い幅をもった枠であることには変わりはない。したがって、具体的な刑罰を導くためにはさらに、基本となる事態、特に重大な事態、比較的重大ではない事態という三種の事態の中で、事例をメルクマールによって細分化することが必要になろう。

(二) 統計的通常事例を量刑の基準にしようと主張する論者の基本的前提は、理念的な責任相当刑の存在を否定するか、少なくとも疑うことにある。たとえば、ロリンスキーは、点の理論を採用するか、幅の理論を採用するかの論争には実際上の意味はないとする。ロリンスキーによれば、正当な刑罰とは、その犯罪に対するその時点での社会の抽象的認識を最もよく具体化している刑罰なのである。裁判官はその様な刑罰を認識しなければならぬのである。⁽¹⁶⁾

ロリンスキーによれば、絶対的刑罰や極端に狭い法定刑は平等ではあるが、あまりにも個別的正義を排除すること

になり妥当ではない。また、犯罪の細かい類型化もあまりにも硬直的であり、犯罪的態度の変化や社会の変化に合わないし、それに対応する刑罰観の変化にも適合しない。こうして裁判官のある程度広い裁量の下で、これをコントロールする様な量刑論が妥当ということになる。これは現在の通説的見解⁽¹⁷⁾と思われるが、統計的通常事例の探求と互いに補い合うものである⁽¹⁸⁾。

ところで、法定刑を出発点として規範的通常事例を量刑の基準とすることはなぜ妥当ではないのだろうか。ロリンスキーはその根拠として次の三点をあげている。第一は、立法者が法定刑や重大な犯行態様等によって示した犯罪の重大性のスケールは非常に粗雑であるということである。たとえば、傷害罪は二二三条一項、二二三条a、二二三条b、二二四条等に別れているが、下限は区別できても上限は同じ五年の自由刑であり、これによって、立法者は傷害の重大性を考慮すべきだとしていることはわかるが、さらに細かい段階付けは不可能である。第二に、法定刑は量刑の指針となるだけではなく、一般予防の要素も入っているので、このような威嚇的刑罰から平均的な刑を導くのは妥当ではないという点である。第三は、立法者は法定刑をどのように充足するかを裁判官に任せているので、実際の平均的事例とそれに対応する刑罰を量刑の基準とすべきだとするのである⁽¹⁹⁾。

裁判官は同じ管轄区さらには異なった地域間でも量刑格差をなくすようにすべきである。ロリンスキーによれば、民主主義においては多数決原理は重要であり、具体的量刑は個々の裁判官に権限があっても、彼も全体としての判例の機能に一致しなければならぬのである⁽²⁰⁾。

また、このようにして得られた通常事例を立法化してしまうことも考えられるが、この方法だと、常にその時点での刑罰観の変化に対応するための立法作業が必要になる。しかし、これは不可能である。また、通常事例を法律に掲げれば裁判官を強くこの評価に拘束することができ、これから離れる場合には詳しい理由付けを必要とすることにな

るが、このような理由付けは上訴審での原判決の再検討の可能性によっても強制することができ⁽²¹⁾。

シュトレングも、統計的通常事例の重要性を強調する。シュトレングは正当な刑罰とは責任相当刑であり、それは社会の安定化の要求に合った刑罰であるとするが、この前提から外れない限り、裁判官の間主観的評価の一致という意味で、通常の量刑は正しいとする⁽²²⁾。他の裁判官もその事例について同様に量刑したであろうときその量刑は正しいのであり⁽²³⁾、反対のことが証明されるまで、量刑の多数は正しいことになる⁽²⁴⁾。ここでは、ロリンスキーと同様に、形而上学的な意味で絶対的に正しい責任相当刑は存在しないと考えられているといつてよいように思われる。

シュトレングの調査によれば、裁判官と検察官は同様の事例との比較を重視しており⁽²⁵⁾、ブルンスもこのような比較は量刑実務を統一するための最も重要な手段であるとしているとする。比較による超個人的な基準の設定は相対的正義をすすめるのに役だつただけではなく、超主観的な、正しい刑罰についての合意は当該事例についての責任相当刑という意味での絶対的正義をも特徴づけるとするのである⁽²⁷⁾。

シュトレングもロリンスキーと同様に、立法者の評価に裁判官を拘束する規範的通常事例の考え方は、立法者の評価が明らかではない点、さらに、立法者自身が歴史の変化を考慮した判断を裁判官に求めている点からして、妥当ではないとする⁽²⁸⁾。ただし、シュトレングはロリンスキーのような統計的通常事例との比較を基本的には肯定しつつも、このような方法だとしても非典型的な事例に対処できないところから、刑罰・構成要件・行為の特徴・行為者の特徴等をコンピュータにインプットしておいて、裁判官がそれに当該事例の諸要素をインプットしてどのような刑になるかを調べる方法をとるべきだとしている⁽²⁹⁾。

ドイツの連邦最高裁も統計的通常事例を必ずしも否定していない。また、わが国のようにとくに広い法定刑が規定されており、規範的通常事例を求めることが困難な場合には、統計的通常事例は量刑の基準として有用であろう。他

方、統計的通常事例を基準とすることの最大の問題点は、この方法は現状肯定的になるのではないかということである。しかし、シユトレングのいうように、比較事例についての情報は裁判官が法定刑のどこに当該事例を位置付けるかを決めてしまうものではなく、量刑の展開に従って新たな基準を基礎に置くことも可能なのである。むしろ量刑相場を見なおすためにも一定の量刑の傾向をとらえて置くことは必要なのである。⁽³⁰⁾

- (1) Dreher, Über Strafrahmen, Bruns-Festschrift, 1978, S. 149; ders., Über die gerechte Strafe, 1947, S. 61; BGHSt. Bd. 27, S. 2; Bruns, Anmerkung (BGHSt. Bd. 27, S. 2), JR 1977, S. 165; ders, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, s. 81ff.
- (2) Dreher, Über Strafrahmen, S. 160.
山火正則『幅の理論』と相対的不定期刑論』法学四七巻五号(昭和五八年)六八二頁。
- (3) Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 43; Montenbruck, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983, S. 30f.
- (4) Montenbruck, a. a. O., S. 21ff.
- (5) Montenbruck, a. a. O., S. 65f.
- (6) Montenbruck, a. a. O., S. 75ff.
- (7) BGHSt. Bd. 2, S. 181; BGH NSTZ 1981, S. 391.
- (8) Montenbruck, a. a. O., S. 93.
- (9) BGH NJW 1952, S. 234; Hirsch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1978, § 46 Rdn. 37. Vgl. Bruns, Leitfaden zum Strafzumessungsrecht, 1980, S. 149f.
- (10) Montenbruck, a. a. O., S. 97ff.
- (11) Montenbruck, a. a. O., S. 101f.
- (12) Montenbruck, a. a. O., S. 103ff.

- (13) BGHSt. Bd. 25, S. 222, 223.
- (14) Montenbruck, a. a. O., S. 115f.
- (15) Montenbruck, a. a. O., S. 117f.
- (16) Rolinski, Die Pragnantztendenz im Strafurteil, 1969, S. 89.
- (17) Bruns, Strafzumessungsrecht, a. a. O., S. 645ff.
- (18) Rolinski, a. a. O., S. 90ff.
- (19) Rolinski, a. a. O., S. 96ff.
- (20) Rolinski, a. a. O., S. 100ff.
- (21) Rolinski, a. a. O., S. 103ff.
- (22) Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 301ff. ドイツ本邦の権法とドイツ Perters, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, NJW 1985, S. 669; Oswald, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, Mschr Krim 1986, S. 307f. ドイツ
- (23) Schmidt, Gesetz und Urteil, 1912, S. 111.
- (24) Seebald, Ausgleichene Strafzumessung durch tatrichterliche Selbstkontrolle, GA 1974, S. 193ff S. 206.
- (25) Streng, a. a. O., S. 239, S. 305.
- (26) Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 66.
- (27) Streng, a. a. O., S. 306.
- (28) Streng, a. a. O., S. 44.
- (29) Streng, a. a. O., S. 308, S. 310.
- (30) Streng, a. a. O., S. 311.

六 結 語

本稿は、ドイツの判例上の量刑原則、すなわち、刑を重くする事情の不存在は刑を軽くするものと評価してはならず、刑を軽くする事情の不存在は刑を重くするものと評価してはならないとの原則をめぐる議論を通じて、一定の事情の量刑上の評価方向について検討したものである。基本的な方向として、次のように考えた。

犯罪行為と行為者の全体像の印象からの量刑は実際的ではなく、一定のメルクマールの存否にしたがって他事例と比較することによる量刑が必要となる。このような量刑によって、上訴審は比較事例に照らして原審の量刑を再検討することができるようになり、類似の事例に類似した量刑をすることができるようになるといえよう。そして、このメルクマールに該当するか否かとの角度から、一定の事情について独立した評価を下す必要が生じる。このメルクマールの捉え方、このメルクマールに該当するか否かの判断基準は統計的通常事例に求められる。

すなわち、形而上学的な意味での正当な刑罰や責任相当刑はほとんど認識不可能である。もちろん、社会的認識からあまりにかけ離れた量刑実務は是正する必要があるが、そのような事情がない限り、裁判官の間主観的量刑評価の一致は尊重しなければならないであろう。個々の量刑についても立法者の評価を基準とすることは、とくに、わが国のように広い法定刑が規定されている場合には、そのような評価を探すことが困難であり、また、犯罪に対する社会の認識の変化に対応できないことから、妥当ではないといえよう。統計的通常事例のメルクマールを検討し、そのメルクマールの存否によって（したがって、刑を重くする事情の不存在は刑を軽くするものと評価してはならないとのドイツ法の原則については、消極的表現によってこのメルクマールに該当する存在する事実が述べられているかぎりには、この事実を量刑上、考慮してよいことになる）、統計的通常事例に対応する量刑にするか、法定刑の他の部分での量刑にするかを考える

という方法が妥当なように思われる。

もちろん、以上に述べたことは基本的な考え方にとどまるのであって、ここから直ちに具体的な事情を量刑上重く評価できるか否かの答えは得られない。すなわち、比較の基準となるメルクマールをどのようにして設定すべきかが大きな問題なのである。第一に、二重評価禁止の原則からして、構成要件を充足するすべての行為にあてはまるような、その構成要件の本質となっている事情はこのメルクマールとはできないであろう。⁽¹⁾立法者を構成要件定立へと導いた事情以外の事情によって裁判官は量刑すべきなのである。

第二に、そのメルクマールは行為責任に関係するものでなければならぬかが問題となる。これは、周知のように量刑上の重大問題であり、ドイツにおいても様々な見解が主張されている。わが国においても、井田助教教授が、罪刑法定主義は量刑においては、犯罪構成要件に記述され、行為者が実行した有責な行為を対象とすることを要請するとされ、量刑事情は有責の前提として、まず、違法すなわち法益侵害に関する事情でなければならぬとされた。⁽²⁾ただし、傷害罪でピアニストの指を傷害したことは二次的法益侵害として、殺人罪での被害者の遺族への影響等は反射的利益の侵害として、また、名誉棄損罪で被害者が職業を変えなければならぬことは法益侵害の徴表として考慮し得るとされる。⁽³⁾さらに、予防の観点からは、非構成要件事実も考慮し得る場合があるとされる。しかし、例えば、行為者が特に良い経済状態であったのに財産犯を犯したという事情は、責任のみに関係する事情だが、量刑上考慮し得るのではないだろうか。この量刑上の重要問題について本稿で検討する余裕はなかった。なお、今後の課題とさせていただきます。

第三に、基準とするメルクマールの数をどの程度にするかが問題となる。アメリカ合衆国の連邦刑事犯罪に対する量刑指針は、特別の犯罪に固有のまたはすべての犯罪に共通の行為の特徴に関するいくつかのメルクマールと被告人

の過去に受けた刑罰の種類と回数による量刑を基本とし、そのような量刑から外れる場合にも原則として一定のメルクマールの存否による⁽⁴⁾。このような量刑においては、異なった事例について少ないメルクマールを基準として、同様の刑罰を科すことにもなり、個別的正義はかなり後退せざるを得ない。しかし、社会復帰思想の後退、また、それと関連する裁量権行使の不平等性等の問題は、⁽⁵⁾量刑の公平を要請するのである。シュトレングの指摘するように、このような量刑指針による量刑はアメリカ合衆国では欠点を埋め合わせて余り有るといえよう。⁽⁶⁾他方、個別的正義を重視するとすれば、このメルクマールの数を多くしなければならぬが、これを突き進めるならば、ロリンスキーのいうように、⁽⁷⁾刑罰・構成要件・行為の特徴・行為者の特徴等をコンピュータにインプットしておいて、裁判官が当該事例の諸特徴をインプットして刑罰を求めるという方法が必要になろう。しかし、現段階では、裁判官にある程度の裁量権を認めて、その上で、それを上訴審がコントロールする方法が現実的なのであり、いくつかのメルクマールについてその量刑の対象としての適確性を上訴審が判断するのが望ましいように思われる。

(1) 拙稿「量刑における二重評価の禁止」神奈川法学二六巻一号(平成二年一二月)一三五頁以下参照。なお、二重評価の禁止は本文に述べたような理由によるので、犯行が通常の形態か否かということとは直接関係するものではない。犯行が通常の形態であるときに刑を重くできないことがあるとすれば、それは基準とされた通常事例と全く重なるために、その基準より重くできないという別の理由によることになろう。

(2) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(四)」法学研究五六巻一号(昭和五八年)六二頁以下。

(3) 井田・前掲論文(五)法学研究五六巻二号(昭和五八年)七一頁、八四頁以下、七五頁、九一頁、六一頁。

(4) アメリカ合衆国の連邦の量刑指針については、篠塚一彦「合衆国連邦量刑ガイドライン」上智法学論集三一巻(昭和六三年)一三一頁以下、清水隆雄「新量刑指針は合憲」ジュリスト九三一号(平成元年)九四頁、鈴木義男・岡上雅美「アメリカ合衆国量刑

- 委員会制度とその合憲性」ジュリスト九八六号（平成三年）六四頁以下等。
- (5) 中村秀次「刑の量定—アメリカを中心とした量刑改革概観」熊本法学六〇号（平成元年）六六頁以下。
 - (6) Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, a. a. O., S. 313ff.
 - (7) Rolinski, Die Pragnantztendenz im Strafurteil, a. a. O., S. 308, S. 310.