

量刑理論の体系化のための覚書

井 田 良

- 一 はじめに
- 二 量刑の基準
- 三 量刑事情の範囲
- 四 法定刑・処断刑・宣告刑
- 五 数罪と量刑

一 はじめに

量刑（刑の量定）^①とは、狭義では、処断刑の範囲内において、被告人に言い渡される具体的な刑（宣告刑）を決めることをいう。広義では、処断刑の形成のために必要な判断（たとえば、刑種の選択や、刑の任意的減軽や酌量減軽を許すかどうかの判断など）や、その他の被告人の具体的な取り扱いに関する決定（たとえば、刑の免除、執行猶予・保護観察に関する判断や未決勾留日数の通算など）を含めて考えることができる。それは、「有罪の認定をうけた被告人に対し、法律によって認められた裁量権の範囲内で刑罰その他の刑事上の処分を決定する裁判所の作用」のすべてをさす。^②

わが国においては、有罪率がきわめて高く、ひとたび裁判所に起訴されると、被告人・弁護人の関心はもっぱら裁判所の量刑判断の帰趨に向けられるともいわれ、量刑の実際的な重要性には異論の余地がない。犯罪の成否の判断に対する法的規制と比べて、量刑判断に対する法的規制はゆるやかであり、とくにわが刑法典は、法定刑の幅が広いこと、任意的減軽（または免除）を認める規定が多いこと、再犯を理由とする大幅な刑の加重が認められていること、執行猶予の要件が寛大であることなどの特色をもつことから、量刑にあたつての裁判所の「裁量」の範囲は広い。そこで、量刑に関しては、犯罪の成否の場面における以上に、理論的分析を通して、判断内容を厳密かつ精緻なものとすることが要求されるのにもかかわらず、なお十分の理論的研究が行われているとはいえない現状にある。

量刑をめぐる個別的論点の検討に先立ち、量刑判断の基本的枠組みを確定し、それぞれの論点に対ししかるべき「体系的地位」を与えることが必要である。しかし、そのような判断枠組みを確定するためには、一連の理論的問題について解答が与えられていなければならない。まず、①刑法理論に関する態度決定を前提として、責任判断と予防的考慮との間の関係を具体的に明らかにすることが必要である。次に、②それぞれの事情がいかなる理由で量刑に影響し得るのかを検討したうえで量刑事情の限界を画定し、それらが刑を重くする方向で量刑に意味をもつか、それとも刑を軽くする方向で考慮されるのか（＝量刑事情の「評価方向」）を分析し、そして、刑量の決定におけるそれぞれの事情の重要性の程度を明らかにしながら、量刑事情を分類・体系化することが必要となる。さらに、③犯罪の相対的な重さを、一定の刑量として「数量化」することがいかにして行われ得るのかのメカニズムが解明されなければならない。

本稿は、これらの基本的論点に関する筆者の（現時点における一応の）見解をまとめて示そうとするものである。

二 量刑の基準

1 刑罰理論と量刑

量刑の問題は「刑法理論の縮図」であり、⁽³⁾ 刑罰の本質・根拠・目的・正当化理由をめぐる一般論は、⁽⁴⁾ 量刑の理論的分析の不可欠の前提である。⁽⁵⁾ 刑罰理論の現状をみると、一元的な目的刑論（あるいは予防刑論）はもはやほとんど主張されておらず、そればかりか、およそ犯罪予防を刑罰制度の目的ないし構成原理とすることに反対する見解さえ主張されている。⁽⁶⁾

科刑（および刑の執行）による「威嚇」を通しての一般人の犯罪の抑止を刑罰の目的とする一般予防刑論（＝威嚇予防論ないし消極的一般予防の理論）に対しては、①そのような刑罰の威嚇効果の存在は経験的に証明されていないこと、少なくとも、威嚇的犯罪防止のために必要とされる刑の分量を個別的な事例で数量化することは不可能であること、②威嚇を目的とすると、重罰主義の傾向に流れやすいこと、③（たまたま検挙された）被告人を手段としてその犠牲のうえに犯罪を予防しようとすることは正当化され得ないことなどの批判が可能である。⁽⁷⁾

一般予防の観念に対して、「威嚇」の意味ではなく、犯人の確実かつ適正な処罰により法秩序の不可侵性を示し、国民の法秩序に対する信頼を生み出し、刑法規範の実効性を維持するという、より謙抑的でマイルドな意味づけを与え、⁽⁸⁾ としても（＝統合予防論ないし積極的一般予防の理論、具体的な科刑基準としては、当該違法行為に対する責任非難の程度に相応すると考えられる幅の枠内の刑（すなわち、一般国民に「正しい」「相当な」「納得できる」刑として受け入れられる刑）を科すことにより（いわば責任相応の刑の「反射的效果」として）、自動的にそのような効果が生じると期待することとどめるほかはない。それは、個別事例における経験的な犯罪予防効果を基準とする「行為功利主義」ではないが、回顧的な責任を基準にする刑を科し続けることが将来にわたっても適切な効果を發揮するはずであると考え、「ルール

功利主義」の見解であり、いずれにしても一つの功利主義にもとづく立場なのである。これを「非生産的な応報刑思想」として排斥することは不当である。

他方、被告人の再犯の防止（とくに特別抑止と社会復帰）に必要な程度をもって量刑の基準とする特別予防刑論に対しては、①特別予防の強調は犯罪の重さと均衡を失する不平等・不斉一な処罰をもたらすおそれがあること、②特別予防を量刑原理とすると、被告人に関する徹底した人格調査・環境調査が必要となり、被告人の人権やプライバシーへの過度の干渉をまねくおそれがあること、③再犯のおそれのない者は処罰し得ないことになってしまうこと、④判決の時点において被告人の再犯防止のためにどのような取扱いが必要であるか（たとえば、どの程度の刑期の自由刑が必要か）を決めることは困難である（したがって、不定期刑の採用が理論的帰結となる）ことなどの批判が可能である。特別予防的考慮を中心的な量刑の基準とすべきではないように思われる（また、判決前調査制度も採用されていない現在において、それは実際上不可能でもあろう）。

以上のように考えると、行為の回顧的責任に相応した刑（国民に適正な刑として受容されるであろうと期待される刑）を科すことを基本とする「応報刑論」ないし「責任刑論」が、相対的ではあるがより安定した科刑原理を提供し得るように思われる。たしかに、刑罰制度の目的は、積極的に「正義」を実現することにあると考えるべきではなく、功利主義的に理解しなければならないであろう。しかし、制度全体の構成原理と具体的な科刑原理とは区別されなければならない。刑罰に一般予防効果を期待するとしても、それは責任に応じた刑を科すことにより自動的に（反射的效果として）達成されると想定するにとどめるべきであり（したがって、一般予防の見地からとくに刑を重くすることは原則として許されない）、特別予防効果についても、責任刑を科すことにより生ずる一定の特別抑止効果で満足することにし、それ以上の特別予防の考慮は、責任刑の枠内で行うことを原則とすべきであるように思われる。¹¹⁾

2 責任と予防の関係

量刑における応報刑ないし責任刑の優位は、「刑罰は責任の程度を超えてはならない」という責任主義の原則として一般的に承認されている。⁽¹²⁾しかし、責任主義の原則を前提としたうえで、①その場合の責任概念をどのように構成するか、②責任判断と予防的考慮をどのような形で調和させるのかについては見解が分かれている。⁽¹³⁾

(1) 責任主義が(個別)行為責任を前提とする原則であるのかどうかにつき以前は争いがあったが、現在では、責任判断の対象を個別行為以外の行為者の危険な性格や人格形成行為などに求める見解は少数である。少なくとも、性格責任や人格(形成)責任を無限定な形で一般的な量刑基準とすることには強い疑問を感じる。責任判断は個別違法行為を対象とする判断であり、したがって、責任の程度・分量は違法の程度・分量により大枠を画されるものでなくてはならない。⁽¹⁴⁾責任主義の原則は、個別犯罪行為の重さとの均衡により刑の公平さを維持するための原則にはかならないのである。

他方において、行為責任を維持しながらも責任概念の内容じたいを犯罪予防の観点から規定し、したがって予防的見地から必要とされる刑こそが責任に応じた刑にはかならないと解する一元の見解(功利主義的責任論)も主張されている。⁽¹⁵⁾しかし、責任主義による刑罰の限定は、犯罪予防目的からする功利主義的な科刑の要求を、功利主義的考慮とは矛盾・対立する原理によって遮断することを意味するのであり、回顧的な「責任」と展望的な「予防」とが異なった内容を持ち矛盾することを承認する二元的な理解を前提としなければ(すなわち、「たとえ刑を科すことに功利的な効果⁽¹⁶⁾が認められるとしても、責任がないから刑を科さない」というのでなければ)責任主義の刑罰限定機能は失われるおそれがある。

(2) もっとも、責任非難の有無と程度は、没価値的に考えられた「自由な意思決定の可能性」を基準として定められるべきではない。たしかに、およそ正常な意思決定の可能性が排除され、またはいちじるしく限定されると考えら

れる行為状況ないし精神的・心理的条件のもとで行われた行為については、責任をまったく問いただないか、少なくとも完全な責任を問いただないのは当然である。しかし、行為の動機づけに対する影響の程度は同じでも、たとえば、憐愍の情に動かされて犯行を決意するに至った場合と、利欲的動機から行為に出た場合とでは非難の程度は異なる。反対動機が強く作用したならば非難は弱まるし、結果発生を確定的なものと認識した場合など、犯意が強く持続的である場合ほど非難の程度は強まる。また、通常の人なら興奮したり欲求に駆られたりしないと考えられる事情のもとで容易に興奮・欲求に動かされて行為に出た場合や、通常の人ならその感情・興奮・欲求を抑制し得ると考えられる状況で抑制しないで犯行に及んだ場合などでも、行為状況が少なくとも日常しばしば生じ得るものであるかぎり、ただちに責任非難の程度が軽くなるとすることはできない。

このようにみてみると、責任判断にあたり行為者個人を標準とする「他行為可能性」のモデルは、たとえその仮説・フィクションとしての問題性を度外視したとしても、これを量刑判断の基礎におくことはできない。そうだとすると、当該の具体的状況におかれた者は、その社会に生きる人としていかなる行為をどの程度期待されるかという「社会的期待」の有無と程度が責任判断の基準となると考えるほかにないように思われる。⁽¹⁷⁾このような見解は、責任評価に一種の仮説的判断を取り込むものであることは否定できない(とくに社会的地位ないし立場および身体的・生理的条件については行為者のそれを基準にするにしても、「規範心理作用」については行為者を基準とすることはできない。⁽¹⁸⁾そこで、このような「仮説」を適用することが正当化されない例外的な場合には、責任非難を否定する余地は残しておかなければならない。本人の責めに帰し得ない事情から、とくに不良な生育環境に育ったという場合の「人格環境の異常性」は責任を軽減する方向で考慮されなければならないことになる。⁽¹⁹⁾この限度で、人格形成責任論の趣旨を生かすことは可能であろう。

- (3) 責任に応じた刑の範囲内でのような刑事政策的考慮を行うか、さらに、特定の場合に、予防的見地から責任

刑を上回る刑を科すことが認められるかどうかは重要な問題である。一般予防について見ると、特定の種類の犯罪が増加している場合に、立法者による法定刑の引き上げを待たずに、従来の量刑水準、つまり「標準科刑」を上回る重い刑を量定しうるかどうか（または、執行猶予を認める基準を厳しくできるかどうか）は疑問である。たしかに、責任非難に相応する刑（すなわち「応報刑」）とは、その時代の社会心理に基礎をもつ相対的な評価の所産にはかならないから、そのときどきで責任に見合った刑の程度は変化せざるを得ない。その意味で、責任評価を介して間接的に一般予防的考慮が量刑判断に入り込むことは不可避である。しかし、量刑の一般予防作用が経験的に明らかでない現在、生の一般予防的考慮を（しかも、当該の行為者が予測し得ない形で）刑量にダイレクトに反映させることは避けるべきであるように思われる。流行性・伝播性・営利性をもった犯罪類型のように一般予防の実をある程度上げやすいものについては、責任幅の範囲内で具体的な一般予防的考慮を行う必要性が高いようにも思われるが、他面において、社会の非合理的な処罰感情、とくにマスコミによる選択的・偶然的報道等に影響された「世論」の反応を考慮することになるおそれが大きい。⁽²⁰⁾

特別予防についてみると、一般国民の犯罪者に対していくイメージおよび行刑の現状にかんがみても、そのような刑罰のマイナス効果を凌駕するほどの再犯防止の必要性が認められない以上は、責任刑の幅のなかでできるだけ軽い刑を量定するようにすべきである。しかし、再犯防止のための働きかけの必要性あるいは保安の必要性が明白に認められる例外的な場合において、責任の程度を上回る刑を科すことが許されないかどうかは問題である。わが国には保安処分（ないし刑事治療処分）の制度が存在しないことから、責任主義による拘束をある程度ゆるめても、刑罰に一定の改善・治療・保安の機能を期待せざるを得ないことは事実であろう。⁽²¹⁾ただし、責任刑を上回ることが許されるのは、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）にかぎられるべきである。また、責任の程度をこえて特別予防的考慮から刑を決めることを正面から認めたときでも、刑の上限に限界がないと

考えてはならない。自由拘束によって得られるであろう利益と失われる利益との比較衡量が必要であり、再犯の可能性の程度および期待される犯罪の重さのいかんによっては長期の自由拘束は正当化されないからである。つまり、ここでは一般には保安処分期間を限定するための原理とされているもの、いわゆる「比例性の原則」が適用されることになる(そうだとすれば、そこで科されているものの実質は、もはや刑ではないことになる)⁽²²⁾。

(4) 逆に、責任非難の程度を下回る刑を量定することは許されるであろうか。いわゆる「幅の理論」においては、責任に相応する刑の幅の範囲内で(のみ)刑事政策的考慮をなし得るのであり、行為者に再犯のおそれがない場合には、責任の幅の下限にまで刑量を下げることが可能である。これに対して、「点の理論」によれば、責任刑を上限として、それをこえないかぎりはもっぱら予防的考慮により刑が決められることになる。この見解の対立は、責任に応じた刑量をどのような形で認識するかについての(解決不可能な)哲学的問題に由来するものであるが、実際的には、幅の理論によれば、再犯のおそれがまったくないという考慮から刑を軽く量定する場合にも、責任の幅の下限という制約が認められることになり、点の理論によれば、下限は一般予防の見地から最低限必要な刑量となるところに両説の相違がある。しかし、幅の理論が「その程度の刑でも、責任に応じた刑といえないわけではない」という刑を下回することを認めないのは、法秩序に対する信頼が揺るがない程度の刑(つまり、点の理論のいう、一般予防的に最低限必要な刑)を確保するためだとすれば、両説の差は表現の相違に帰することになる。理論構成の違いを度外視すれば、一方において、「より重い刑をまねがれることにより被告人が受ける利益」、他方において、「最低限の一般予防および平等な処罰の確保」という対立する要請をどのように調和させるかが問題の実質をなすことになる。

たしかに、平等原則を強調すれば、ほぼ同等の非難に値する違法な行為をしたのに、ある者は再犯の可能性がないということで軽く処罰され、他の者は再犯の蓋然性を理由に重く処罰されることに対しては疑問が感じられるかもしれない(実務が「前科」を重視するのは、このような心理のあらわれとも解し得る)。少なくとも、予防的考慮によって相対的

に刑を軽くするのは、法律が明示的に認めた限られた範囲内にとどめるべきだと考えることも説得力をもつ。こうした考慮から、ドイツにおいては、刑量の確定にあたってはもっぱら責任を基準とすべきであり、執行猶予や仮釈放など、刑事政策目的から認められた諸制度の適用の可否についてはもっぱら予防的考慮にしたがって判断すべきだとし、⁽²³⁾「責任」と「予防」という二つの基準の適用領域を段階的に区別する見解 (Stellenwertheorie) も有力に主張されている。しかしながら、明らかに再犯のおそれがなく、施設への収容がマイナスの効果をもたらすことが必然的であるような場合に、なお責任に相応するとみられる軽い刑、さらに下回って、犯罪に対する刑としての意味をもち得る最低限の刑量にまで引き下げることが、法的安定性と(形式的)平等の要請を害するものだとしても、許されてよい場合があるように思われる(広範に起訴猶予を認めながら、量刑で法的安定性と平等を強調するのは矛盾でさえある)。問題は、裁判所が、量刑判断の理由づけにあたり、なお適正な量刑であることを、訴訟関係者や一般国民にいかにか説得するかどうかである。一般的に言えば、行為状況が特殊であり例外的であればあるほど説得は容易になるといえる。他方で、執行猶予の実質的な要件の判断においても、犯罪の重さに対する評価が影響することはやむを得ないと思われる。とくに、わが刑法の定める宣告刑に関する要件(刑法二五条参照)は、ドイツ刑法典のそれと比べてもゆるやかなものであるから、その要件を充足したとしても、純然たる予防的な考慮によって許否が決められるとすることはできない。

三 量刑事情の範囲

(1) 以前には、量刑事情の範囲は「無限」とされることもあった。しかし、刑量の確定の判断に合理的な関連性をもたない事情は量刑で考慮されてはならず、また、罪刑法定主義や(行為)責任主義といった人権保障のための基本原則は、量刑事情の範囲の限定を要請すると考えられる。⁽²⁴⁾たとえば、業務上過失致死傷罪の量刑にあたり、行為から

生じた財産的損害を理由にして刑を重く決めるとすれば、罪刑法定主義の見地からの疑義が生じうるのである(過失による器物損壊は処罰されていないし、また財産的法益が業務上過失致死傷罪の規定の保護範囲に含まれるかどうかは疑問であるからである)⁽²⁵⁾。本稿の立場からは、量刑事情は、大きく、①犯罪の要素たる量刑事情(すなわち不法関係事実と責任関係事実)、②行為の違法性・有責性の程度を具体的に推認させる資料たる事情、③犯罪の当罰性の程度に影響する事情、④刑の及ぼす特別予防効果を考慮するにあたり参考となる事情、⑤犯罪後の事情のなかで刑事政策的合目的性の見地から考慮されるべき事情、⑥刑の必要性・感応性に関する事情の六種類に分類することができる⁽²⁶⁾。

(2) ①犯罪の要素たる量刑事情とは、「犯人の責任」(改正刑法草案四八条一項参照)の重さを定めるにあたって基礎をなす事情である。責任評価の程度には、違法性の重さが当然に反映されていると考えなければならないから、これを「行為の違法性・有責性の程度を規定する事情」といいかえることもできよう。むしろ、責任評価とは、量刑判断の対象たる当該の(構成要件的)違法行為についてどの程度行為者を非難し得るかの判断であり、その違法の分量・大小を行為者に帰責するにあたってこれを「検閲」し制限するものにすぎず、責任要素が独立の科刑の基礎をなすものではないのである⁽²⁷⁾。

犯罪の要素としての量刑事情には、結果の重大性⁽²⁸⁾(たとえば、傷害罪における傷害の程度、財産罪における財産的被害の程度)・用いられた手段の危険性・被害者側の重大な落度(法益保護の必要性が弱まると考えられる)・単独犯か共犯かの区別などの、行為の違法性に影響する事情(≡不法関係事実)、および行為者の年齢・経歴・環境・経済状態・犯行時における心理状態(認識・意図・動機・目的など)⁽²⁹⁾・精神状態・被害者との関係・計画または予謀の有無といった犯意の強さを示す事情・酌量性などの、非難可能性に影響する事情(≡責任関係事実)がある。また、違法性阻却事由や責任阻却事由の要件を充足するにいたらないが、それに類似する状況が存在したというような事情も、違法性または有責性の程度を減弱させる意味をもつことから、刑を軽くする方向で考慮されよう。

犯罪の要素たる量刑事情については、いわゆる「二重評価禁止の原則」が妥当する。つまり、量刑において、構成要件要素としての事実それ自体（さらには、当該犯罪類型が当然に予想する事情、立法理由となった事情、行為の実行に通常ともなう事情など）を考慮することは許されない（ドイツ刑法四六条三項は、「すでに法律上の構成要件の要素となっている諸事情はこれを考慮してはならない」と規定する）。立法者が法定刑の確定にあたつてすでに一度考慮した事情を、法定刑の枠内での量刑に際して重ねて考慮することは、当該事情に不相当な比重を与えることになるからである。⁽³⁰⁾

以上のような、犯罪の要素たる量刑事情にはあたらないが、それでも、②行為の違法性・有責性の程度を具体的に推認させる資料としてなら、量刑において考慮されてよい事情も存在する。たとえば、犯罪が機縁となつて被害者が自殺したというような事情は、違法性の程度に影響する事情ではない。しかし、それを、行為態様の危険性・残忍性・執拗性や、行為者の責任の重さを推認させる一資料として参考にし得る場合がないとはいえないであろう（逆にいえば、これらの事情に対し、推認の一資料として以上の意味を与えることは許されない）。同様に、国家的・社会的法益においては、法益侵害性の程度の確定と量的な評価が困難なことが多いので、発生した具体的な被害を資料として、法益侵害性の有無・程度を推認することが許されるであろう（これらの事情は、当該刑罰法規の保護範囲に属する事情であり、規範の保護目的と合理的な関連性をもつ）。

さらに、犯罪の要素ではなくても、③行為の当罰性に影響を与える事情もある。それは、たとえば、実質的な犯罪被害に関わる事情であり、殺人罪における被害者の遺族への影響、財産罪の実行後、非代替性の強い目的物を故意に損壊・売却することにより、被害者の追求を困難にし、または、所有権を失わせたという事情（つまり、不可罰的事後行為にあたる事実のうちとくに重い事情⁽³¹⁾などがこれにあたる。これらの事情は、行為の違法性・有責性に影響する事情とはいいいないが、不法・責任評価の幅の範囲内で（いわば犯罪の要素たる量刑事情に劣位する）二次的な判断資料として）考慮し得ると思われる⁽³²⁾。

(3) さて、④特別予防の考慮にあたり参考とすべき事情とは、再犯の危険性の有無を徴表し、処罰がもつであろうプラス・マイナスの効果を具体的に予測させる事情である。これらの事情は、その存否じたいに意味があるのではなく、刑のもつ特別予防効果を推認させる資料にすぎない点に特徴がある。たとえば、行為者の年齢・性格・社会的地位・経歴(犯罪時までの生活態度・前科など)・環境(犯罪後の変化も重要である)・犯罪後の態度などの種々の事情は、いずれも処罰の特別予防効果を考慮するに際して重要な参考資料となるかぎりで、量刑事情として勘案され得る。⁽³³⁾

問題となるのは、「個別行為にはあらわれなかった犯人の性格」を考慮することが許されるかどうかである。たとえば、窃盗罪の量刑において、盗癖はないが興奮しやすく喧嘩早い、冷酷さが見られ粗暴犯の余罪がある、といった事情は考慮できるのかどうか疑問がないわけではない。しかし、責任の評価と予防の判断を切り離し、責任の幅の枠内で特別予防を考慮する以上、これを禁止する理論的根拠はないし、許容される限界を決める基準も存在しないと思われる。

また、⑤刑事政策的合目的性の見地から、もっぱら刑を軽くする方向で量刑上考慮しうる事情もある。⁽³⁴⁾たとえば、犯罪直後に、被害の拡大や重い結果の発生を回避すべく努力したとか、事後に損害賠償金・慰謝料を支払ったという事情、謝罪や示談により被害者側が宥恕の情を示しているという事情などは、刑をかなりの程度に軽くする量刑事情として考慮することが可能である(なお、刑訴三九三条二項参照)。これらの諸事情は、被告人の反省・悔悟の情を示すものとして、特別予防の面で有利な予測を可能にする事情としても考慮できる場合がある。しかし、被害の拡大を回避するための努力や被害者に対する損害賠償などは、被告人が軽い刑を得ようとして打算的にそうした場合であっても、刑事政策的に望ましいことには変わりがないのであるから、(犯罪の性質にもよるが)意図・動機を詮索することなしに量刑で正面から考慮してよいと思われる。⁽³⁵⁾

さらに、⑥刑の必要性ないし刑に対する感応性に関する事情がある。たとえば、不注意で惹起した事故で自分の子

供を死なせたり、みずから大ケガをしたというように、犯罪により被告人に思わぬ過酷な結果が生じたという事情（ドイツ刑法六〇条参照）、長期にわたり未決勾留されたという事情、被告人の地位におかれたことにより（失職するなど）かなりの社会的制裁を受けたという事情、懲戒罰などを課されたこと、多額の損害賠償金を支払ったという事情などは、行為者に有利な方向で考慮し得る。⁽³⁶⁾これらの事情は、個別行為の責任に影響する事情や、予防的考慮に影響する事情とは区別するべきである。そもそも、量刑事情を「責任」に関係する事情と「予防」に関係する事情との二つに分配するというのは不当な単純化であり、犯罪の成否の判断以上に複雑な量刑の判断を、犯罪論の判断枠組み以上に単純な図式にあてはめようとするものである。たとえば、すでに社会的制裁を十分に受けているとか、長期にわたって未決勾留されたという事情は、明らかに行為責任とは無関係であろうし、予防の必要性の考慮にただちに影響するものでもない。しかし、行為に対する一種の「制裁」を受けたことによって、応報的科刑の必要性（ないし要罰性）は明らかに減弱する。このような考慮を、責任判断に還元しようとすると、責任概念は明確な輪郭を失ってルーズな概念になってしまふであろう。⁽³⁷⁾

(4) 問題は、右にあげた六つの量刑事情のカテゴリーのそれぞれに対し、量刑判断にあたっていくかなる重要性（重み）を認めるかである。責任に応じた量刑を基本とする以上、中心となる量刑事情は、犯罪の要素としての量刑事情（前述①）であることに疑いはない。したがって、行為の違法性に影響しない「悪しき結果」の惹起を理由に刑を重くすることは許されない。ただし、具体的な違法性・有責性の程度を確定するために、一定の資料たる事情（前述②）が参考にされることはあるが、それはあくまで推認の一資料として考慮されるものにすぎない。

次に、責任の程度によって、当該の犯罪類型に属する行為のなかにおける相対的な重さが明らかにされると、処断刑の幅のなかのどこかに位置づけられることになる。このようにして得られたおおよその刑量の「幅」のなかで、行為の当罰性に関係する事情（前述③）が考慮される。しかし、その影響は、不法・責任評価の幅の枠内で、いわば刑量

を上下に「微調整」させる程度にかぎって認めるべきである。特別予防の考慮にあたり参考とすべき事情(前述④)は、行為者に有利な方向で考慮するのが原則である。もろもろの事情から、行為者に再犯のおそれが少なく、重い処罰が悪影響をもつことが明らかになれば、まだ責任刑としての意味が失われない程度まで刑を下げる事が可能である。示談の成立や被害者に対する損害賠償などの刑事政策的見地から考慮されるべき事情(前述⑤)は、もっぱら刑を軽くする方向で斟酌されるが、犯罪の性質によっては責任刑を下回る量刑をも可能にする場合があるように思われる(たとえば、金銭による被害の事後的回復や被害者感情の宥和が可能な犯罪における賠償金・慰謝料の支払いなど)。刑の必要性に関する事情(前述⑥)は、責任刑を科すことを不必要に思わせる事情であるから、責任判断を下回る量刑を可能にし得るのは当然である。

その事情が処罰の対象たる犯罪行為の要素として量刑に影響するのか、責任刑の幅の範囲内で二次的に考慮されるのかはきわめて微妙な区別である。しかし、当該の事情がいかなる理由で量刑に影響し得るのかを明確に意識し、量刑事情の全体的な評価のなかで適正な比重を与えるべく努めることは無意味なことではない。とくに右のような「段階的」操作は、量刑判断をあいまいにしがちな要素(とくに③⑤の要素)の比重と評価方向を明確にするために必要である。その判断過程が判決のなかで量刑の理由として明らかにされることにより、量刑の手続的なコントロールも可能になるであろう。

(5) 右に述べたそれぞれのカテゴリの量刑事情が、量刑において異なった比重をもつとすること、そして、量刑事情のあるものが単に行行為者に有利な方向でのみ考慮されるところとは、なお検討の必要な問題を含んでいる。

さかんな議論の対象とされているのは、起訴されていない(あるいは、起訴されていても、有罪判決が確定していない)余罪を量刑にあたって考慮し得るかである⁽³⁸⁾。最高裁判所は、実質上これを処罰する趣旨で考慮し重く罰することは違憲違法であるが、量刑のための一情状として考慮することは許されるとしている⁽³⁹⁾。このような区別したいは、事案を離

れた抽象論としてみたとき、正当というほかはない。一般に、犯罪行為にかぎらず、過去のさまざま行状・犯罪後の行動を実質的に刑罰的非難の対象とする趣旨で考慮することはもちろん許されるべきでないが、しかし、およそ量刑事情として斟酌し得ないとすることはできない。この区別を否定するならば、刑を重くする方向で考慮しうる量刑事情は、犯罪事実以外には存在し得ないことにもなってしまう。

余罪の問題性は、刑事裁判の基本的な諸原則を潜脱し、とくに過大に評価されるおそれ大きいところにある。本稿の立場からすると、再犯のおそれについては、それがないことを理由に刑を軽くするという形で、原則として行為者に有利な方向で考慮すべきである。せいぜい、被告人・弁護側から再犯のおそれがないことの立証がなされたときに、それを反駁するために余罪の存在が指摘し得るにとどまるであろう。例外的に、量刑にあたって特別予防的見地が重視される場合(前述二③参照)には、余罪が再犯のおそれの蓋然性を裏つける資料として用いられ得ることもあるであろうが、もっぱら余罪を用いて再犯の危険性を立証することは不可能であり、許されるべきでもない。⁽⁴⁰⁾

また、特定の量刑事情は行為者に有利な方向でのみ勘案されることに疑問が生ずる場合がある。たとえば、告白を有利に考慮することは、反面において、認められた防禦方法であり、手続法上の権利行使でもある黙秘・否認(故意や犯罪阻却事由の存否などを争う一部否認も含む)という事情を、被告人に不利な方向で斟酌することにほかならない。黙秘・否認した者を不利に扱っているのではなく、ただ進んで告白した者を(片面的に)有利に扱っているにすぎないとの主張は、有利・不利の基準となる刑が存在しない以上、説得力をもたないであろう。告白に示された悔悟を量刑因子とみるにしても、告白が必ずしも真の後悔に由来するとはかぎらない。たしかに、自首・首服を刑の裁量的減軽事由としている法の趣旨からしても(さらに、刑法一七〇条、一七三条も参照)、また全体の刑事司法制度を迅速円滑に運用するためにも、告白することによって「司法権の行使に協力した」者には若干の恩典が与えられるべきだとすることにも理由はある。⁽⁴¹⁾しかし、告白事件が九〇パーセント以上を占める現在において、それは、告白した者に対す

る特別の恩典でなく、否認した者に対する不利な取り扱い以外のものではあり得ないと思われる。やはり、自白・否認の別それじたいを量刑で考慮すべきではなからう。⁽⁴²⁾

四 法定刑・処断刑・宣告刑

(1) 法定刑に法律上または裁判上の加重・減軽の修正を加えて(その順序については刑法七二条に規定がある)得られた刑(の幅)を処断刑といい、この処断刑の範囲内で被告人に言い渡される宣告刑が定められる。裁判官は、ほとんどの場合、処断刑として一定の幅をもった刑を獲得する。この刑の幅は、単に裁判官の量刑を上限と下限において制約するにすぎないものではなく、「評価の尺度」⁽⁴³⁾または生じ得るすべての事例を予想した連続的な「当罰性の尺度(スケール)」をなしており、当該の犯罪行為の相対的な重さを明らかにして、その幅のなかの一箇所に位置づけることで責任の数量化を可能にすべきものである。たとえば、その犯罪類型に属する事例のなかできわめて重いと評価されるものは上限に近いところに位置づけられ、立法者が予想したと思われる中程度の重さの事例(統計的にもっとも頻繁に生ずる事例という意味ではない)⁽⁴⁴⁾は刑の幅のほぼ中ほどに位置づけられることになる。逆からいえば、法定刑、および法定刑を修正して処断刑を形成するための(加重・減軽の)諸規定は、右のような手続を通して自動的に適正な量刑が保証されるように定められているのが理想なのである。しかし、現実に法定刑・処断刑がそのような機能を果たすにはほど遠いものとすれば、少なくとも裁判官としてはあるべき処断刑の幅をそこに予定していなくてはならない。それが、平等・斉一な量刑を確保する大前提である。量刑の合理化をめざすのであれば、いわば理念型としての、右のような理解を前提としながら、実務に方向づけを与え得るようなものに、量刑に関する法律上の規定を変えていかなければならない。⁽⁴⁵⁾

(2) 法律上の加重・減軽事由として定められている事情は、いわば法定の量刑事情である。これらは、法定刑そのものを修正して処断刑を形成する段階で考慮されるのであるが、通常の量刑事情と法的性格を共通にする⁽⁴⁶⁾。立法者としては、これらの事情を通常の量刑事情として、処断刑の範囲内での狭義の量刑において考慮せらるゝと定めることも可能だからである。立法学的見地からすると、法律上の加重・減軽は、いきなり事案を全体的・直感的に評価させるのではなく、分析的評価を先行させ、量刑を合理化するものとして重要である。また、法律上の加重・減軽事由は、各則の構成要件から例外的な事情を括り出すことにより、法定刑の幅を狭めることを可能にする⁽⁴⁷⁾。さらに、法律上の加重・減軽規定は、量刑の問題を法規の解釈・適用の問題に変換させるという点で、大きな意味をもつ。

量刑の観点から見たとき、ある事情を単なる量刑事情としてでなく法律上の加重減軽事由として規定することは、その加重・減軽が必要的なものである場合に（法定刑の定め方や加重・減軽の程度にもよるが）実益が大きい。しかし、減軽（ないし加重）が任意的である場合、量刑判断を指導するということよりも、その事情のもつ一定の重要性に注意をうながす心理的効果が全面に出る。なぜなら、任意的減軽（加重）事由の場合、その適用の判断にあたって（盲目的な判断を避けようとするならば）狭義の量刑を先取りすること（したがって、処断刑形成の段階でおおよその宣告刑を想定すること）はおそらく不可欠であろうからである。もっとも、このような考え方を徹底して、現行刑法の解釈上、法定刑の下限をもってしても適正な量刑が可能でない場合のみに限定して減軽を許すことも行き過ぎであろう。法律上の減軽の場合は、酌量減軽（刑法六六条以下）の場合とは異なり、減軽前の刑の下限より重い刑を量定してもよいと解されている。なお、酌量減軽についてそれが許されるべきでないのは、酌量減軽が例外的な制度として予定されているからである（それが頻繁に用いられるという現象は、むしろ法定刑の重さが裁判官の意識に相応していないことを物語る）。

(3) ある犯罪の成立が肯定された場合、その犯罪に対して予定された法定刑は、処断刑形成の出発点となり、処断刑の幅は——少なくとも理想的には——「責任の数量化」を可能とする。そこで、立法者による構成要件と法定刑の

確定は、刑量決定の第一段階であり、もっとも広い意味での量刑の一部と考えることさえできる。構成要件要素は、いわば「立法者があらかじめ考慮した量刑事情」にはかならない。どこまでが犯罪成立の問題であり、どこからが量刑の問題であるのかも、立法者が犯罪類型を包括的に定めるか、それとも複数の規定に分けて細かく条文化するかによって決まる。⁽⁴⁹⁾立法により加重・減軽の構成要件が新たに設けられれば、従来、量刑の問題とされてきたものが解釈論の問題に「格上げ」されることになる。⁽⁵⁰⁾量刑の問題にとどまっているかぎりには、裁判官の判断にゆだねられ、解釈論上の議論の対象にもならない。量刑の問題を法規の解釈・適用の問題に変換することは(単に手続法上重要な意味をもつばかりでなく)量刑の問題を理論的な研究の対象に組み入れることを意味するのである。

加重・減軽類型の構成要件を新たに設けるにあたっては、基本的構成要件に対する法定刑と、加重・減軽の構成要件に対する法定刑との間に適当な格差が設けられなければならない。さもないければ、規定の解釈のために払われる実務家および研究者の「知的労力」が報われないことになるからである。そうだとすると、改正刑法草案が、加重窃盗罪に対し、単純窃盗罪と比べてわずかに法定刑の下限を引き上げるにすぎない規定を設けた(三二条)ことには疑問がある。

法定刑・処断刑が以上のような意味をもつとすれば、事例において何罪が成立するか(いいかえれば、どの刑罰法規を適用すべきか)の問題を論ずる刑法解釈論においても、自動的に適正な量刑が確保されるように、事案に適した法定刑が定められている刑罰法規の適用を可能にし、事案ごとの処断刑じたいの権衡を保証することが重要な課題となる。犯罪論と量刑論を結ぶ罪数論・犯罪競合論の目的も、適正な処断刑の確定を可能にするところにある。⁽⁵¹⁾

五 数罪と量刑

数個の罪に対して一個の刑が量定されなければならない場合には、複雑な問題が生ずる。当該の事件について一個の刑罰法規のみが適用される場合には、その法定刑がそのまま処断刑となる。単一の刑罰法規の適用で足りるのかどうかを明らかにすることは、罪数論の課題である。

数個の刑罰法規による評価（または同一刑罰法規による複数回の評価）を必要とする事実が存在し、したがって複数の犯罪が成立すると考えなければならない場合の一部について、刑法は、特殊な処断刑の形成方法を認めている（刑法五四条）。それが、いわゆる観念的競合・牽連犯の場合である。数罪が成立する場合には、併合罪加重（四五条以下）がなされるのが原則であるから、五四条が適用される場合には、軽い処断刑を形成すべき実体法上の根拠があると考えるなければならない。それは、違法評価の重複ないし不法関係事実としての量刑事情の重なり合い以外には考えられない。つまり、二罪を切り離して、それぞれに対して刑を量定するときには、一方の罪の量刑において他方の罪の（違法性に影響する）量刑事情（たとえば、犯罪結果の一部や行為態様の危険性など）まで処罰対象の一部として考慮せざるを得ないことになり、そうすれば部分的な二重処罰の危険が生ずるのである。量刑における科刑対象の重なり合いを回避することが、観念的競合・牽連犯の制度の根拠といわなければならない。観念的競合・牽連犯の量刑にあたっては、重い罪に関する量刑事情のみならず、軽い罪に特有の量刑事情もあわせて考慮される⁽⁵²⁾。

同一犯人の複数の独立した犯罪が同時に審判され、これに対して刑が量定される場合、この同時に処断される数罪が併合罪である（刑法四五条参照）。併合罪の量刑について、ドイツ刑法（五三条以下）は、まず、個々の罪に対する刑を各別に量定し（それぞれの罪に対する刑は、判決中にあげられる）、複数の有期自由刑が科される場合には、そのもっとも重い刑に加重して、全ての刑を合計した刑量にいたるまでの範囲で（ただし五年をこえてはならない）刑を決めること

にしている。行為責任主義を徹底すれば、それがもっとも理論的であろう。これに対し、わが刑法は、死刑・無期自由刑について吸収主義(四六条)、財産刑について併科主義(四八条)をとるほか、有期の自由刑については、処断刑の形成の段階で修正を認め、最も重い刑の長期を一・五倍にして得られた重い処断刑から直接に一個の刑を求めるべきことを規定している(四七条)。しかし、一・五倍の処断刑を尺度に量刑することを抽象的に定めることには、理論的必然性が何ら感じられない。複数の罪を犯した場合については、単一の罪または科刑上一罪にあたる罪を犯したときと比べて原則として重く量刑することをうながすという以外の合理的根拠は何も見いだすことはできないように思われる。

(1) 量刑の概念については、松尾浩也「刑の量定」『刑事政策講座第一巻』(一九七一年)三三七頁以下、川崎一夫『体系的量刑論』(一九九一年)二八頁以下、城下裕一『量刑基準の研究』(一九九五年)九頁以下参照(なお、最後にあげた研究書には、量刑理論に関するわが国の文献が網羅的に示されている)。

(2) 鈴木義男「刑の量定」大塚仁『宮澤浩一編『演習刑事政策』(一九七二年)三三七頁。

(3) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年)五四一頁。

(4) 刑罰理論における四つの問題については、井田「基礎から学ぶ刑事法」(一九九五年)四一頁以下を参照。

(5) 刑罰理論との関係で量刑の基準について論じた文献として、阿部純二「刑の量定の基準について(上)」「(下)」法学四〇巻三号(一九七六年)一頁以下、四一卷一号(一九七七年)一頁以下、四一卷四号(一九七八年)四一頁以下、岡上雅美「量刑判断の構造―序説」早稲田大学大学院法研論集四八号(一九八八年)九三頁以下、城下「量刑基準の研究」(前掲注1)三九頁以下(Ⅱ第3章)などが重要である。

(6) 吉岡一男『刑事学』(一九八〇年)、同『刑事制度の基本理念を求めて』(一九八四年)、同『刑事法通論』(一九九五年)参照。

(7) 「威嚇予防」をめぐるドイツの議論については、岡上「量刑における『威嚇予防目的』の考慮」早稲田法学七〇巻二号(一九九四年)一頁以下が詳しい。

(8) たとえば、一定の状況において「浪費」または「ケチ」と判断されるためには、どの程度の金銭的支出をなすことが必要

であるかを数量的に確定することは原理的に不可能である。同様に、責任に応じた「相当な」「正しい」刑にも、量的な「許容域」があると考えなければならない。この点については、いまだに、Günter Spender, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, S. 168 ff. が説得力に富む。私は、いわゆる「幅の理論」の方に理論的正当性が認められると考える。反対、岡上「量刑判断の構造」(前掲注5)一〇九頁以下、同「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(一)」早稲田法学六八卷三・四号(一九九三年)九四頁以下、一〇七頁以下。幅の理論をめぐる日独の文献は、城下「量刑基準の研究」(前掲注1)八三頁以下に詳しい。

(9) 二つの功利主義については、小林公「刑罰・責任・言語」『現代法哲学』(一九八三年)九七頁以下、Björn Burkhardt, *Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips*, in: Hans Michael Baumgartner/Albin Eser (Hrsg.), *Schuld und Verantwortung*, 1983, S. 63 ff. 参照。

(10) たとえば、まったく同じ内的・外的状況のもとで強盗を行った行為者AとBがいて、その責任に相当する刑が懲役八年程度だったとしよう。Aには再犯の危険があり、Bには再犯の危険がなかったというとき、Aは八年の実刑を受けるが、Bは刑を軽く量定され、刑の執行猶予も認められるということになってしまふであろう。その意味では、わが国の実務がダイレクトに再犯の危険性を考慮するのではなく、前科の有無という刑の差別化を説得させやすい要素を重視するのは理由のあることであるように思われる。

(11) 以上の点について詳しくは、井田・法学教室九三号(一九八八年)一一六頁、同・法律時報六四卷九号(一九九二年)八三頁以下参照。阿部(福田平・大塚仁編)『刑法総論Ⅱ』(一九八二年)九六頁以下もこれに近い。これに対し、責任を上限とする刑の枠内でもっぱら特別予防的考慮によって刑を決めるべきだとするのは、城下『量刑基準の研究』(前掲注1)一二五頁以下、同「求刑・量刑をめぐる理論的課題」季刊刑事弁護第一号(一九九五年)九七頁。

(12) 量刑の場面における責任主義の原則については、城下『量刑基準の研究』(前掲注1)一〇九頁以下が詳しい(そこに文献も詳細である)。

(13) 量刑における責任概念および責任と予防の関係をめぐる最近の重要な文献として、岡上「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点」早稲田法学六八卷三・四号(一九九三年)七七頁以下、六九卷一号(一九九三年)一一頁以下、城下『量刑基準の研究』(前掲注1)とくに一〇九頁以下などがある。

(14) 井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(一)」本誌五五卷一〇号(一九八二年)八一頁以下、八八頁以下参照。同旨、城下『量刑基準の研究』(前掲注1)一二三頁以下。

- (15) とくに、平野龍一『刑法の基礎』(一九六六年)二四頁以下、四〇頁以下、所一彦『刑の量定の基準』ジュリスト三一三号(一九六五年)七三頁以下、町野朔『犯罪論と刑罰論』『現代法哲学3』(一九八三年)一四八頁以下、林幹人『刑法の基礎理論』(一九九五年)一頁以下など参照。
- (16) 井田『犯罪論と刑事法学の歩み―戦後五〇年の回顧と展望』法学教室一七九号(一九九五年)二二頁以下参照。同旨、城下『量刑基準の研究』(前掲注1)一一五頁以下。また、川崎『体系的量刑論』(前掲注1)九〇頁以下も、責任と予防の「明確な区別」を主張する。
- (17) このように責任概念を世俗化・社会化するとき、責任評価と一般予防との間の関連が明らかとなる。つまり、責任に応じた刑を量定することにより、一般国民に対する威嚇効果をもつような重さの刑が定まることにはならないとしても、しかし、国民に適正なものとして受容されると期待できる刑が得られるのである。
- (18) この点について、平野龍一『刑法総論1』(一九七二年)二〇六頁および同『刑法総論II』(一九七五年)二七七頁以下参照。
- (19) 団藤『刑法綱要総論』(前掲注3)二六二頁注(五)参照。
- (20) なお、一般予防の一つの形態としての「法秩序の防衛」と量刑におけるその考慮については、岡上「ドイツにおける『法秩序の防衛』概念の展開について」(一)(五)警察研究六二巻一一号〜六三巻三三号(一九九一年〜一九九二年)および同論文の批評である井田・法律時報六四巻九号(一九九二年)八一頁以下参照。
- (21) この点について、所「刑の量定」『刑法基本講座第一巻』(一九九二年)二五九頁以下参照。ジレンマを少しでも緩和するためには、「刑罰の内容自体を改善し、その害悪性を稀薄化させてゆく他はない」(松尾「刑の量定」(前掲注1)三四九頁)のである。
- (22) なお、わが刑法は、再犯について、法定刑の長期を二倍にした範囲内で処断するという、とうてい責任主義では説明できない(中野次雄『刑法総論概要・第三版』(一九九二年)一〇頁、一二八頁、一三四頁参照)大幅な刑の加量を認めている(刑法五六条以下参照)。再犯加重の要件およびその効果も、限定する方向で再検討すべきであるように思われる。たとえば、阿部「累犯加重の根拠」『岩田誠先生傘寿祝賀・刑事裁判の諸問題』(一九八二年)九四頁以下参照。しかし、改正刑法草案五六条以下は、加重を任意的なものとしたものの、現行規定の適用範囲を広げ、そればかりか常習累犯者に対する不定期刑の制度を創設しようとしている。
- (23) この見解については、岡上「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点」(一)(前掲注13)早稲田法学六八巻三・四号九九

頁以下、城下『量刑基準の研究』（前掲注1）一〇二頁以下およびそれに引用された文献を参照。

(24) このような問題意識にもとづいて書かれたのが、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（二）」（五）本誌五五巻一〇号〜五六巻二二号（一九八二年〜一九八三年）である。このような基本的発想を支持するのは、岡上「量刑判断の構造」（前掲注5）一〇六頁以下、城下『量刑基準の研究』（前掲注1）三頁以下、同「求刑・量刑をめぐる理論的課題」（前掲注11）一〇〇頁など。

(25) 量刑事情の限界の問題については、鈴木義男「被告人および被害者の特性と量刑」法律のひろば四五巻二二号（一九九二年）七六頁以下、林美月子「量刑事情と評価方向」神奈川法学二七巻二二三号（一九九二年）一三五頁以下なども参照。

(26) 現行刑法には、量刑事情に関する規定はないが、刑事訴訟法二四八条が一つの参考になるといわれている。改正刑法草案は、量刑事情を列挙する規定を設けた（四八条二項）。一般に、量刑事情は、（イ）犯罪の状況に関する事情、（ロ）犯人の属性に関する事情、（ハ）犯罪後の状況の三つに分類できるとされている（松尾「刑の量定」（前掲注1）三四四頁）。

(27) この点について詳しくは、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（二）」（前掲注14）八一頁以下およびそこに引用された文献を参照。

(28) 量刑事情として考慮し得る「結果」の範囲とその主観的帰責要件について検討を加えたのが、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察」（前掲注24）である。なお、犯罪の要素たる量刑事情と、②および③の事情との区別は必ずしも明らかではない。法益概念を用いた試論として、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（五・完）」本誌五六巻二二号六二頁以下がある。

(29) もちろん、行為者の認識や目的などの主観的事情が、行為の違法性に影響を与える事情であるか、それとも責任に影響を与える事情であるかは、違法性の本質についてどのように考えるかによって決まる問題である。

(30) 二重評価禁止原則については、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（四）」本誌五六巻一号（一九八三年）六七頁で概要を紹介したが、詳細な研究として、林美月子「量刑における二重評価の禁止」神奈川法学二六巻一号（一九九〇年）一三五頁以下が示唆に富む。

(31) 不可罰的事後行為にあたる事情は、すでに法定刑の設定にあたり考慮されているのであり、ふつう当然に予想される程度のもものはこれを量刑事情として重ねて考慮すれば「二重評価禁止原則」に抵触することになる。この点につき、詳しくは、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（五・完）」本誌五六巻二二号八一頁以下参照。

- (32) 行為の当罰性に影響する事情についての試論として、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察」(四)および(五・完)本誌五六巻一号、二号参照。
- (33) 城下『量刑基準の研究』(前掲注1)一四五頁以下、二二八頁以下は、犯罪後の態度はもっぱら特別予防に関する事情として刑を減輕する方向でのみ考慮されるべきだとする。
- (34) 自首等(刑法四二条)、偽証罪・虚偽告訴罪における自白(一七〇条、一七三条)などの事情は、法定の減輕または減免事由となつてはいるが、量刑事情として本質的性格は共通である。
- (35) ドイツにおいて、犯罪後の被告人の行動を量刑事情として考慮するための理論構成として通説的見解と目されるのは、いわゆる「徴表説」である。詳しくは、城下『量刑基準の研究』(前掲注1)一九九頁以下、二二一頁以下、二二三頁以下参照。
- (36) 罰金刑を科す場合における被告人の経済状態については問題がある。日数罰金制が採用されていない現在、少なくとも通常手続においては、被告人(とくに貧困者)の受けるべき「苦痛」の程度も重要な基準として責任刑を定めるようにするわけではない。ちなみに、日数罰金制をめぐる立法問題については、井田「ドイツにおける日数罰金制」『森下忠先生古稀祝賀論文集下巻・変動期の刑事政策』(一九九五年)七〇三頁以下、同・刑法雑誌三五巻一号(一九九五年)一五一頁以下参照。
- (37) なお、⑤や⑥の事情を、個別行為責任とは区別された「可罰的責任」の程度に影響する事情として「責任刑」の確定にあたり考慮すべきだとするのは、岡上「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(二・完)」(前掲注13)早稲田法学士六九巻一号五七頁以下。
- (38) 判例および文献については、龍岡資晃「余罪と量刑」(佐々木史朗ほか編)『刑事訴訟法の理論と実務』(一九八〇年)三二二頁以下、平田元「量刑と余罪」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第六版)』(一九九二年)一八六頁以下など参照。
- (39) 最大判昭和四一年七月一三日刑集二〇巻六号六〇九頁、最大判昭和四二年七月五日刑集二二巻六号七四八頁。
- (40) 松尾「刑の量定」(前掲注1)三四五頁以下は、量刑因子としての余罪の機能を、執行猶予の許否、保護観察の有無の点に限定し、狭義の量刑から排除すべきだとする。
- (41) この点について、グンター・アルツト(井田良・山名京子訳)「自白と刑事司法システム」本誌六五巻一〇号(一九九二年)二二九頁以下参照。
- (42) 佐伯千仞『刑事訴訟の理論と現実』(一九七九年)二二四頁以下、二二八頁以下、二二三頁以下参照。
- (43) 平野『犯罪論の諸問題(下)』(一九八一年)二二九頁参照。

- (44) この点に関し、林「量刑事情と評価方向」(前掲注25) 一四九頁以下、一五五頁以下参照。
- (45) 実務上、責任の数量化を可能にしているのは、いわゆる「量刑相場」である。量刑相場については、松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」『現代刑罰法大系6』(一九八二年) 一四七頁以下参照。
- (46) なお、殺人罪に対する量刑の実証研究を通じ、ある事情が法律上の加減事由となっている否かは必ずしも裁判官の量刑感覚に差別的な効果を及ぼさないとするのは、高橋正己「殺人罪に対する量刑の実証的研究」岩井弘融ほか編『日本の犯罪学3』(一九七〇年) 一三三頁以下、一四三頁。
- (47) わが刑法は、法律上の加重・減軽事由を広く規定し、一般的な酌量減軽をも認め、他方で幅広い(重きに失する)法定刑を規定している。その結果、法定刑も加重減軽規定とともに裁判官の量刑を指導・控制する意味を失っている。
- (48) 詳しくは、所『注釈刑法(2)のⅡ総則(3)』(一九六九年) 八五二頁以下参照。
- (49) これに対し、構成要件要素と量刑事情との間の本質的差異を強調するのは、Karl Heinz Gössel, Die Strafzumessung im System des Strafrechts, in: Festschrift für Herbert Trondle, 1989, S. 357 ff.
- (50) この点について、井田「故意における客体の特定および個数の特定について」刑法雑誌二七卷三号(一九八六年) 五八頁参照。
- (51) 罪数と犯罪競合に関する筆者の基本的な考え方は、井田「故意における客体の特定および個数の特定に関する一考察(四)」本誌五八卷一二号(一九八五年) 五三頁以下、同(町野朔・中森喜彦編)『刑法(1)総論』(一九九五年) 二二三頁以下(第六章)に示した。
- (52) 以上の点について詳しくは、井田「故意における客体の特定および個数の特定に関する一考察(四)」(前掲注51) 五九頁以下参照。