

早稲田大学審査学位論文（博士）の要旨

量刑の思考枠組み

野村健太郎

本論文は、刑法学（刑法解釈学）の見地から、量刑について一定の思考枠組みを提示するものである。

量刑学説において大方の一致があるのは、犯罪行為に対する責任に応じた刑（責任刑）を科すことを基本とし、その枠内で（あるいはそれを超えない限度で）犯罪予防目的をも考慮して宣告刑を決める、という枠組みである。もっとも、責任刑とはどのような刑を意味するのか、予防的な考慮はどのようになされるべきかといった基本的な事柄について、共通の理解があるとはいえない。

1. そこで、第1章では、まず、責任刑の概念について、検討を加える。

量刑における責任とは、一定量の不法を前提に、それに対する責任非難の量を示すものである。学説には、刑量に変換し得る実体をもつのは不法であり、責任判断は「不法に応じた刑（不法刑）」を軽減方向に修正するものに過ぎないとする不法刑基準論も有力である。しかし、刑罰が違法行為に対する「非難」であり、「非難可能性」の程度が刑量を左右するという前提に立つ限り、不法が責任（非難可能性）評価を介さずダイレクトに刑量に結び付くと考えることはできない。刑量は、責任評価を経て初めて導かれるのである。

責任刑は、処罰を要求する原理と処罰を制約する原理から構成される。特定の倫理の強制を禁じる現行憲法の下では、処罰を要求する原理である刑罰目的は、犯罪予防を通じた法益保護に求められる。学説では、予防目的はあくまで刑罰制度の一般的正当化原理に過ぎず、個別の量刑は専ら応報（罪刑均衡）原理によってなされるべきだとする均衡説も主張される。しかし、刑罰は、それを科される具体的な行為者との関係で正当化されなければならない。個別の量刑の予防目的合理性を示すことは、不可欠である。他方、個別の量刑での予防的考慮を認めつつも、それはあくまで責任刑とは独立した外在的な修正であり、責任刑の構成原理には予防目的は含まれないとする責任純化論も有力である。しかし、予防目的合理性を処罰の正当化条件としながら、予防目的を排除した刑を「正当な非難（＝責任刑）」と評価することはできない。何らかの予防目的は、責任刑の構成原理と位置づけられなければならない。

刑罰目的と対立する制約原理として、行為者の利益を保障するものが、責任原理である。学説には、そのような制約原理を不要とし、予防目的（国民の規範意識の維持）に内在する制約で十分だとする予防的責任論もあるが、国民の処罰感情と適正な処罰とが一致する保証はない以上、予防目的を外在的に制約する原理は不可欠である。

こうして、責任刑は、予防原理を内包しつつそれを責任原理によって制約することによって導かれる刑と解されることになる。この対立する二つの原理を、違法判断と責任判断という異なる評価段階で考慮すべきことを主張するのが、二段階考慮論である。この見解によれば、違法判断は、一般予防目的からみてふさわしい刑を量定する段階であり、責任判断は、非難可能性の減少を理由として刑を軽減する段階だと理解される。責任原理に基づく刑の軽減により、行き過ぎた予防目的の追求を抑制しようという発想である。しかし、

この見解が依拠する不法刑基準論は理論上維持できないこと、予防的考慮と非難可能性の考慮とを異なる評価段階に分離すれば、予防的考慮そのものを非難可能性の観点から抑制することができなくなること、予防的必要性という展望的要素は回顧的非難の対象とはなり得ないことから、二段階的考慮論は支持し得ない。違法判断とは、あくまで法益侵害・危殆化に対する回顧的な無価値評価に尽きるものと解すべきであり、予防目的と責任原理とは、一定量の不法を前提としてなされる責任判断の場で、同時に考慮されなければならない。予防的考慮が「責任（非難）」という判断様式の中に位置づけられることにより、判断者は、自身の予防的考慮を「非難」の加重として正当化すべき責任を負う。そのような正当化の負担（説明責任）を判断者に課すことにより、安易な予防的考慮が抑制されるのである。なお、刑罰の「非難」という性格は刑罰の害悪性と不可分に結び付いていることから、責任刑の構成原理となるのは、刑罰の害悪性を通じた予防としての一般予防であり、害悪以外の側面（処遇や隔離など）からの検討を要する特別予防は、責任刑とは独立の外在的な修正原理と位置づけられる。

他行為可能性を責任の要件とする伝統的理解からは、他行為可能性の程度（他行為容易性）が刑量を左右する責任要素となる。伝統的理解に対しては、法哲学者らから批判も向けられているが、刑事責任の中核を「非難」に求める通説的理解を前提とする限り、他行為可能性の存否・程度を問うという判断様式そのものを放棄することはできない。なお、学説には、他行為可能性・容易性に加えて、犯罪行為に現れた「行為者の犯罪性」をも責任要素と位置づけ、その程度によって刑量が左右されることを認める見解もある。しかし、行為者の犯罪性という人的属性は、他行為が容易な状況で違法行為を選択したことの原因を説明する要素にはなり得るとしても、それ自体が重い非難を正当化するものとはいえない。同種の犯罪性をもった人々に対する強い抑止のために刑を加重することは理論上可能だが、それは、処罰する側の都合を行為者に押し付けるものであって、それを理由に強い「非難」を行為者に向けるためには、相応の正当化根拠を示す必要がある。

2. 第2章では、国家機関の違法行為という量刑事情の検討を通じて、責任刑の概念を、第1章とは異なる角度から検討する。

違法捜査等を刑罰軽減的な量刑事情として考慮した下級審判例に対しては、「責任刑の枠内で特別予防的考慮を行う」という基本枠組みの下では正当化できないのではないかと批判も向けられている。他方、考慮を認める見解には、行為者が受けた「苦痛」を刑罰の先取りと評価するものや、国家による行為者への「賠償」または国家に対する「制裁」として刑の軽減を位置づけるもののほか、国家機関の違法行為が国家の処罰適格を減少させると説明するものがある。刑罰が「非難」という性格をもち、非難主体である国家のあり方が非難の説得性に影響を与え得るとすれば、国家の側の落ち度が処罰（非難）適格を減少させるという理解には、説得力が認められる。処罰（非難）適格の減少は、非難主体のあり方に関わる責任減少事由と位置づけられる。責任刑とは、非難される行為者の事情

のみによって決まるものではなく、非難する国家の事情によっても左右されるのである。

3. 以上のような責任刑の理解を前提に、第3章では、責任刑に対する外在的な修正としての特別予防的考慮について検討する。

責任刑とは一般予防目的にとって適切な刑を意味するという理解からは、一般予防効果に有意な違いが生じない範囲であれば、異なる刑量も等しく責任相当だとする「幅の理論」が導かれ、「幅」の範囲内での特別予防的考慮が認められることになる。しかし、責任刑とは、刑罰目的のみならず、行為者利益をも考慮して導かれる刑を意味するのであり、たとえ数か月の刑期の違いであっても行為者にとっては重大な違いである以上、責任刑に「幅」があると解することはできない。現実の量刑では、刑量を一点に絞り込むことができず「幅」が残る事態も想定し得るが、その場合には、行為者利益を不当に害するリスクを避けるために、幅の下限という「点」を責任刑として選択すべきである。

他方、「幅の理論」の中には、刑量の変動によって責任相当性の充足度に有意な違いが生じることを認めたとえ、それが一定限度で許容されるとする見解もある。しかし、刑の修正が認められるのは、あくまで責任刑を下回る限りにおいてであり、責任刑を上回る刑を科すことは、正当な非難として受容し得る限度を超えて行為者を処罰するものであって、許されない。

4. 第4章では、特別予防的考慮のあり方を、量刑事情の考慮という観点から検討する。

害悪賦課による「非難」を通じた特別予防にとっては、正当な非難としての責任刑がふさわしい刑罰となり、裁判時に行為者の危険性が減少していると認められる場合に、それに応じて刑を軽減すべきことになる。これに対し、隔離による物理的な再犯予防は、拘禁終了後の再犯可能性を必ずしも減少させるものではなく、再犯リスクの「先延ばし」に過ぎないともいえるから、社会復帰阻害のリスクを回避するための軽減を優先すべきであり、再犯可能性が濃厚と認められる例外的場合にのみ、軽減を否定して責任刑を科すべきことになる。

学説には、責任を問われている犯罪行為とは無関係な行為者の危険性（例えば、窃盗罪で起訴されている被告人の「喧嘩早さ」）であっても刑の加重事由となり得るとする見解がある。しかし、そのような考慮は、犯罪行為を口実として実質的な保安処分を科すに等しいものであり、認められるべきではない。もっとも、たとえ刑罰加重的な事情であっても、犯罪行為に現れた行為者の危険性の持続を示すものであれば、被告人の防御権を害しない範囲で、考慮が認められる。

5. 以上の検討を前提として、第5章では、量刑事情としての前科の扱いを検討する。

違法判断の指導原理を一般予防に求める予防的違法論からは、再犯者の行為は規範を大きく動揺させるとされ、前科は違法加重要素と位置づけられる。しかし、予防の必要性和

いう展望的要素を、回顧的非難の対象である不法に位置づけることはできず、前科は違法要素とはなり得ない。他方、学説では、処罰による警告を無視して再度犯行に出たことが責任（非難可能性）を加重するとする警告理論も有力である。もっとも、前科者というレッテルや拘禁による社会復帰の阻害が再犯の一因となっている場合には、原因を作った国家自身に、再犯に出ないことを期待する資格（その期待への裏切りを非難する）資格がどの程度あるのか、疑いが生じる。その場合には、刑の加重を控えるべきであり、それでもあえて一般予防的観点から刑を加重しようとするならば、相応の正当化根拠を示さなければならぬ。

前科の存在は、行為者の危険性を示す事情として、特別予防的観点からも考慮し得る。もっとも、その考慮は、責任を問われている犯罪の再犯可能性を示す限りで認められるものであり、それとは無関係な危険性を加重根拠とすることはできない。

6. 抽象的な理論枠組みだけでは、具体的な宣告刑を導くことは難しいことから、具体的な量刑を導くための数量化プロセスを明らかにする必要がある。第 6 章では、ドイツの量刑理論で議論されてきた「基点」という概念を用いて、この問題を検討する。

「基点」とは、「刑を重くする（加重）」「刑を軽くする（軽減）」という処理の前提となる、「重くも軽くもしない（されていない）状態」を示す概念であり、量刑事情の評価方向を確定するための「標準的な事情（基点事情）」として論じられる場面と、事案にふさわしい量刑を導くための「標準的な事例（基点事例）」として論じられる場面とがある。

学説では、刑法は量刑上考慮される個々のメルクマールについて一定の「標準的な状態」を想定しているとして、それを基点事情とすべきだとする見解（規範的標準事例論）が有力だが、刑法の規定は、犯罪の成立（法定刑の適用）という抽象的な効果の要件を定めているだけであり、そこから具体的評価である量刑の「標準値」を抽出することはできない。他方、経験的に最も発生頻度が高いといえる事例を基点事例とすべきだとする見解（通常事例論）も主張されるが、「最も発生頻度の高い事例」を一つに絞ることができるとは限らない。

そもそも、これらの議論が出発点とするドイツの伝統的な量刑モデルは、構成要件ごとに一つの「基点事例」を設定し、それとの差異（距離）に応じて刑を加重・軽減するという現実離れしたプロセスを想定しており、支持し難い。これに対し、より実現可能性があるので、①事案の中核をなす重要な量刑事情を基に大まかな量刑傾向を把握したうえで、②それ以外の事情の考慮による微調整（加重・軽減）を経て、最終的な宣告刑を決めるという二段階的な数量化モデルである。②の段階は、類似事例の中での当該事案の位置づけを把握する作業であるから、考慮すべきメルクマールの「基点」を、経験的通常性を基に把握し（例えば、類似事例において、前科が存在するのが通常なのか、それとも存在しないのが通常なのかを明らかにし）、それとの比較に基づいて加重・軽減を行うことにより、量刑傾向との整合性のとれた宣告刑を導くことが可能になる。

7. 第7章では、量刑傾向の拘束力とそこから逸脱した量刑のあり方について検討する。

裁判員制度の運用当初は、一般市民の感覚を量刑に反映させるために、従来の量刑傾向から外れた科刑もある程度許容すべきだという考え方が有力であったが、その後、量刑傾向に一定の拘束力を認める最高裁判例が相次いで出された。

量刑傾向は過去の量刑という「事実」に過ぎず、それに拘束されるべき規範的根拠はないという考え方もあるが、量刑傾向に頼ることなく判断者が独自に「正しい刑」を導くことはできない以上、過去に積み重ねられてきた価値判断を一応正しいものとして前提とし、それと整合性のとれた量刑を行うことが、とり得る最善の方法といえる。

量刑傾向という言葉は、類似事案における大まかな「量刑分布」そのものを指す場合と、そこから抽出される「量刑水準」を指す場合とがある。「量刑分布」からの逸脱とは、事案の特殊性（通常よりも刑を重く／軽くすべき事情の存在）を根拠としたものであり、過去の量刑水準との整合性はなお維持される。これに対し、「量刑水準」からの逸脱とは、それまでの水準を変容させることを意図して行われるものである。逸脱の趣旨が異なる以上、それを正当化する根拠も、両者では異なる。

学説では、量刑傾向の逸脱は責任主義（責任刑の幅を超えることの禁止）によって制約されるという見解もある。しかし、事案の特殊性を根拠とした「量刑分布」からの逸脱はともかく、「量刑水準」からの逸脱は、何が「責任刑」なのかという評価の水準そのものを変容させようとするものであるから、責任主義によってこれを制約することはできない。逸脱を制約するのは、責任評価が他の裁判体の評価と整合していなければならないという意味での公平性原理である。量刑水準の逸脱とは、より適切な量刑水準を探るために、公平性をどこまで犠牲にできるかという問題である。

最判平成26年7月24日（刑集68巻6号925頁）が量刑傾向の逸脱に対する制約を認めた趣旨は、刑を重くする方向の逸脱のみならず、刑を軽くする方向の逸脱にも及ぶ。もっとも、加重方向の逸脱が、不当に重い処罰のリスクを被告人に負わせるものであるのに対し、軽減方向の逸脱は、そのようなリスクを伴わないことから、より緩やかな制約の下で認められる。

なお、同判決は、一般論として、量刑傾向（量刑水準）の変容を意図した量刑も認められるとしているが、裁判員裁判の死刑判決を破棄した高裁判決を維持した2つの最決平成27年2月3日（刑集69巻1号1頁、同99頁）には、同様の一般論の提示がみられない。このことから、最高裁は、死刑の適用範囲を拡げるような逸脱を認めることに対しては、極めて慎重な姿勢をとっていると解される。逸脱した評価による死刑判決が被告人にとって重大な不利益を意味することを考えれば、最高裁の姿勢は適切なものといえる。もっとも、軽減方向（死刑回避方向）の逸脱は、被告人に不利益を生じさせないものであるから、認められる余地は大きいと考えられる。

8. 第8章では、裁判例を素材として、本論文の考え方がどのような形で具体的な事案評価に現れるのかを例示する。もとより、個別の量刑判断の結論（具体的な宣告刑）の当否を論じることは極めて困難であるが、量刑理由に現れた「思考過程」について理論的な分析・検討を加えることは可能である。ここでは、①アスペルガー症候群の精神障害を有する被告人による殺人の量刑が問題となった大阪高判平成25年2月26日（判タ1390号375頁）、②11歳の女子に対する強姦罪の量刑が問題となった福岡高判平成28年5月26日（高刑速（平28）号255頁）、③現住建造物等放火罪の量刑で（重）過失致死として起訴されていない死亡結果を考慮することができるかが問題となった最決平成29年12月19日（刑集71巻10号606頁）、そして、④廃棄物処理法上の不法焼却罪の量刑で周囲への公共の危険を考慮することができるかが問題となった広島高判令和元年7月18日第1部判決（裁判所ウェブサイト）を取り上げる。

①は、アスペルガー症候群（呼称は当時）の精神障害を有する被告人による殺人の量刑に対して、被告人側が量刑不当を主張して控訴したものである。アスペルガー障害の影響が行為責任に与える影響について、第1審がこれを小さく見積もったのに対し、大阪高裁は、これを相当程度考慮すべき事情と評価している。高裁の判断には、弁識能力や制御能力への直接的な影響が認められなくても、動機形成過程に行為者の責めに帰することのできない事情が強く影響したといえる場合には、非難の軽減を認める思考が見て取れる。そのような考慮は行為責任主義の枠内では困難だという主張もあるが、行為に対する非難の程度を考える際の資料として行為に至った経緯を考慮することは、行為責任主義には反しない。他方、特別予防判断においては、第1審が、被告人が反省しておらずアスペルガー障害の受け皿もないとして長期の拘禁を必要と結論づけたのに対し、大阪高裁は、反省の態度を示せない背景にも同障害の影響があること、同障害に対する公的機関による一定の支援が存在することを指摘して、再犯可能性の高さを否定している。もっとも、仮に、公的支援が不十分だとしても、それを根拠に長期の自由刑を科すのは、行政の不備の責任を被告人に転嫁するものであって、公正を欠くであろう。

②は、177条後段の強姦罪（当時）の事案であり、性交が被害者の意思に反するものであったという認定を基に懲役5年を言い渡した第1審の量刑に対して、被告人側が事実誤認を主張して控訴したものである。福岡高裁は、性交が被害者の意思に反していたとの認定には誤認があることを認めただけで、177条後段の法意を援用し、13歳未満の女子に対する性交は、たとえ外形上承諾を得ていたとしても、「抵抗を實力で排除した場合にも劣らない刑罰的非難に値する」として、懲役5年の宣告刑を維持している。しかし、177条後段は、13歳未満の被害者の意思内容による当罰性の阻却を否定しているだけであり、被害者の意思内容が当罰性の程度におよそ影響しないとする趣旨とは解されない。また、仮に「被害者の意思内容は量刑を左右しない」という高裁の解釈が正当であるならば、「性交が被害者の意思に反している」という事情を加重的に考慮した第1審の量刑は、誤っていることになるはずである。

③は、現住建造物放火罪の事案で、死亡結果を量刑事情として考慮することは不告不理の原則に反すること等を主張して被告人側が上告したものである。最高裁は、同罪においては典型的に死傷結果の蓋然性が認められること、同罪の法定刑が死刑を含む重いものであり死亡結果を理由とする特別な加重処罰規定も設けられていないことから、同罪の量刑における死傷結果の考慮は「法律上当然に予定されている」として、上告を斥けている。学説には、死亡結果を考慮するには（重）過失致死罪としての起訴がなされなければならないとする見解もあり、その根拠は、主に被告人の防御権の保障に求められている。これに対し、本件控訴審は、死亡結果を量刑上考慮することについての争点化は公判前整理手続の中で適切になされていたとして、防御権侵害を否定している。しかし、同手続においては、死亡結果はあくまで「危険の程度」を示す事情として挙げられていたに過ぎないのに対し、第 1 審の量刑は、死亡結果そのものを独立の不法内容として考慮していると解されることから、争点化された趣旨を超えた「不意打ち」的処罰がなされた疑いは、なお残る。また、死亡結果に対する予見可能性が認定されていない点についても、疑問が残る。

④は、廃棄物処理法上の不法焼却罪の事案で、延焼による公共の危険が生じたことを指摘して罰金 50 万円を言い渡した第 1 審判決について、被告人側が量刑不当を主張して控訴したものである。広島高裁は、火力による危険惹起の防止は同罪の規制目的には含まれないとして、第 1 審の量刑を破棄している。廃棄物処理法が、環境への負荷の低減を目的とする循環基本法の実施法と位置づけられていることからすれば、不法焼却罪の処罰目的（保護目的）も、環境への負荷を通じた生活環境の侵害を防止することにあると解される。したがって、環境への負荷とは異なる火力による直接的な危険惹起は、本罪の処罰対象には含まれず、これを量刑上考慮するためには、放火罪や失火罪としての起訴を要すると解される。本判決は、不法焼却罪の処罰対象を法の目的に照らして限定することにより、処罰規定の不当な「転用」を防いだものといえる。

以上