

(要約)

量刑論の基本構造

鄭 超

序章 本稿の課題

本稿は、量刑判断に用いられる「量刑事情」および「量刑基準」を理論的に明らかにするため、量刑において「そもそも刑罰とは何かに関する基本理念が必要である」ことを念頭におき、刑罰の本質、正当性、在り方などを考察したうえで、刑罰自体および刑罰の裁量に関わる量刑理論の基本的判断構造を検討するものである。

全体の構成として、第一章では、従来の刑罰論における「責任」、「応報」および「予防」などの諸概念を検討しながら、近年唱えられる「応報刑論のルネサンス」における新たな応報刑論を支持し、不法に侵害された法秩序の回復に応報刑論の正当化根拠が存在するという結論を導いた上、応報責任および特別予防のいずれをも「市民責任」の意味に解して、市民責任が合理的に果たされる最低限度内で市民の自由を制限することを刑罰の在るべき形とする。次に、第二章では、他の制裁と比べて、刑罰という制裁における特有の「非難」という概念を解明できるように、欧米およびアジアを視野に刑罰制度あるいは制裁制度の歴史を整理し、「刑罰」における「刑」（社会倫理的な非難、道義的な非難）と「罰」（物理的な害悪の賦課である制裁）を二分化する方法論を用いて、刑罰の本質を検討する。最後に、第三章では、自然科学のみならず、社会科学においても追求される判断の「類型化」「可視化」を目標に「量刑基準」を明らかにし、「量刑事情」をなるべく制限して理論化しようとする。

第一章 刑罰論の再考——量刑論の規範的基盤構築を目指して

刑事上の責任を、具体的な量刑を通じて刑罰の形で示さなければならないならば、「責任」自体を刑罰論から如何に把握するか。実際、従来の「責任は刑の量定の基礎である」というテーゼは、現在では、心理的事実を含めて期待可能性や違法性の意識などを責任要素としながら、規範的評価である非難可能性（規範的責任論）の視点によって判断される「責任なければ処罰なし」という消極的意味しか有しないように思われる。故に、責任自体が具体的な基準を示せない限り、「空疎な器」になってしまうであろう。言い換えれば、「責任は刑の量定の基礎である」ことに対する反論の余地がなくても、応報の要素や予防の要素ないしその両方と無関係な刑事政策もしくは社会政策上の考量がいずれもその責任という「器」に無制限に入れられうるなら、逆に積極的な制限機能を有しない責任という判断「基準」は空疎化する恐れがある。したがって、本章では量刑における「責任」を如何に把握すべきかという問題を、刑罰論を踏まえて規範の視点から検討してみる。

現代社会の応報刑論が、刑罰を道義的責任ではなく市民責任として理解し、法秩序（あるいは自由の現存在秩序）の回復に資するべきものとするならば（責任の一般性）、特別予防はその一般的責任を前提にして具体的な市民の義務に還元すべきものである（責任の具体性）。そのため、特に憲法秩序では、市民の責任が何処まで設けられたかが肝要である。例えば、もし死刑の存在が違憲でないなら、言うまでもなく国民を最大限に尊重する趣旨を規定した日本国憲法 13 条によっても、「公共の福祉という基本的原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばなら」ず（最大判昭和 23 年 3 月 12 日刑集 2 卷 3 号 191 頁）、死刑を甘受する可能性は市民の一義務である。自由の享受とともに現れる刑罰を市民責任として理解すると、法における人格は一般的に評価を受ける一方、市民それぞれの人格もあるから、市民は個々人として尊重されなければならない。例えば、18 歳に満たない者に対して死刑を禁止する場合は、対象者の人格もしくは市民の資格を否定するわけではなくて、そのような人格に死刑を甘受させる市民の責任を要求していないだけである。そして心神喪失の場合、責任の段階で反規範意識が有しないため、犯罪を不成立とし、行

為者に刑罰を負わせないとしても、実際、彼らの社会復帰を促進する目的のため、刑罰以外の何らかの形（例えば医療観察法による入院措置など）で市民責任を負担させることは可能である。つまり、仮に憲法上の秩序が彼らにそこまでの市民義務を要求するなら、18歳未満の者に死刑、心神喪失者に刑罰を負わせる可能性がある。勿論、逆に市民責任としての刑罰・制裁の負担が過剰にならないように、要求されていない義務を拒否しうることは市民の権利である。

したがって、刑罰および刑罰の裁量について、国から市民に制裁を与えるという主体対客体の形で把握するよりも、主体たる市民が社会の構成員の一人として制裁を義務負担とする形の方が、より適切な理解ではないであろうか。量刑について、例えば任意的減軽の要件が満たされない場合に、それに近い事情が全く考慮されないのではなく、最終的に刑の減軽が認められないまでも、少なくともその事情を斟酌してもらうことは被告人の権利である。そして、このような理解を踏まえれば、刑事責任に対する義務負担は一義的に刑罰の形に限られるわけではなく、ほかの何らかの形で市民義務が履行されるならば、刑罰を減軽ないし免除することも可能である。さらに重要なのは、法秩序を乱さない限り、反規範的な人格は刑事上の評価対象にならないこと、および、もしこれに対し、その人格が行為で表徴されたなら、犯行であらわされた限度内で市民の責任として負担を負うこと、ならびに責任以上の義務履行を拒否しうることである。

本章は主にパヴリク (Michael Pawlik) のモノグラフィ『人格、主体、市民——刑罰の正当性について』による「刑罰は市民の不法に対する反応である」という見解を参照しながら、彼が必ずしも具体的に展開していない市民責任としての刑罰のあり方を補足する。主要な結論を下記の通りまとめる。

1. 犯罪は法秩序に対する侵害であり、刑罰はその侵害された法秩序を正す手段である。応報に基づく刑罰は法秩序である「規範的予期」の回復に用いられるため、例えば外観上同じような犯行であっても、法秩序に対する侵害の程度および規範的予期を回復する程度に相違がある。

2. 一般の人々に向けられる一般予防は刑罰の規範としての性格でから来るものであり、立法の問題にすぎない。具体的な量刑段階における正しい応報責任刑自体が、既に一般予防の機能を有する。つまり、量刑では、応報責任と特別予防のことだけを考慮すべきである。

3. 応報責任は市民責任の一般性に由来する。市民責任の一般性とは、言い換えれば、人格として認められるものである。人格が普遍化・規範化されて以来、何人にも同じ規則を適用することが広く認められ、刑罰適用に格差があってはならない。

4. 特別予防は市民責任の具体性に由来する。市民を個々人として尊重しなければならない近代社会では、犯罪者は市民でありながら、それぞれの個性（特別予防）によって、「規範的予期」の回復のために異なった程度の市民責任を負う。

5. 刑罰を市民責任として理解するなら、市民の不法に対応するのは、刑罰ではなくその上位概念である市民責任である。なおかつ、刑罰の最終手段性により、市民責任は憲法の認める最低限度の法秩序に対する負担であるべきである。

第二章 「刑」と「罰」の系譜——非難という語の解明を中心に

刑事制裁にとって他の制裁との根本的な区別は何か、そして刑罰以外の制裁（ないし社会的制裁というものは刑罰の裁量に如何なる影響を及ぼすか。同じ内容を有する制裁の場合なら、それを容易く説明できると思われる。例えば刑罰としての罰金は行政制裁としての過料、課徴金などと同じ金銭的制裁の性格を有し、また、自由刑と刑罰以外の他の自由制限措置とは、同じ自由制限の性格を有する。しかしながら、行政上・民事上の財産的制裁が自由刑ないし死刑に（裁量的な）減軽効果をもたらすことを如何に説明できるのかは、財産的制裁の性格かあるいは自由の制限の性格かのいずれかに引き直して測定しようとするとなりに難しく思われる。結局、刑罰に加えて何らかの他の制裁をも負担させることが二重処罰の禁止に当てはまるか否かという議論は、単に日本国憲法 39 条のような「刑事上の責任」問題のみとして捉えるのではなく、同じく憲法 13 条、31 条の文脈にしたがって行う必要がある。当然のことな

がら、逆にもし刑罰以外の制裁が刑罰の裁量に何も影響を及ぼさないとしたら、不当な結果になってしまう恐れがある。もっとも、例え刑罰以外の制裁の追加があるべき程度の刑罰を超えてとしても、それが刑罰による強い「社会倫理的非難」や「道徳的非難」を有するとは言えないから、刑を科すことが明らかに正義に反しない限り、一般的には刑の免除をもたらすわけがない。つまり、いわゆる刑罰の「制裁の性質」は従来自然犯についていわれる「社会倫理的非難」や「道徳的非難」などの意味で理解しなければならないことになる。

現在、法秩序を担保するために設けられる刑罰が市民の不法を指向するものだとするならば、そのような市民の不法に対する「非難」は、人間の単純な道徳上の嫌悪感にとどまらず、「法定犯」にも存在すると理解しなければならない。何れにしても、刑事制裁の性質を解明するため、現代社会の刑罰における「非難」という語の意義を改めて明らかにしなければならない。

不法行為の反社会性ないし反道徳性に対する社会倫理的な非難を含む刑罰としては、物理的な害悪の賦課を言い渡す場合が多いが、現代社会の刑罰制度において既に多く受け入れられてきた、執行猶予ないし刑法 80 条のような刑を免除する仕組みもあり得る。無罪、免訴、刑の免除、刑の執行猶予、公訴棄却はそれぞれ刑事手続法上異なる意味を有する。有罪判決の一種である刑の免除は、有罪と宣告しながら刑を免除することである。有罪であることを示すことは、そのみで既に社会倫理的な非難の意味を有し、「刑の免除」の場合もそのような社会倫理的な非難を免れないなら（非難をも避けるのであれば、無罪あるいは免訴に至るはずであろう）、刑罰におけるあらゆる効果が回避されるわけではなく、罰のみの免除に至るにすぎない。故に、「刑の免除」は社会倫理的な非難の免除の効果を有しないから、「罰の免除」と称するのが実際にはより適切であると考えられる。そうだとすると、「社会倫理的な非難」は「刑」に相当すると考えられ、「刑罰」という仕組みには、非難の宣言たる「刑」（社会倫理的な非難、道徳的非難、市民としての否定）、および、実体的不利益の賦課たる「罰」（物理的な害悪の賦課、市民の自由に対する制限）の 2 つの側面があると言えるであろう。

刑罰とは非難を含む害悪賦課であるため、例え如何に正当だと見なされとしても、そこにおける人間疎外の副次的効果は否定しかねる。その効果は、刑罰における「非難」という語と共に現れる「否定」の意味に他ならないが、それが原初的な人間（Mensch）の否定から人格（Person）の否定になり、そして市民（Bürger）の否定として理解されることがある程度定着するに至っている現代社会の刑罰の概念については、そこにおける非難の具体的な含意を改めて定義しなければならなくなる。とりわけ、自由刑の純化論を唱え、社会復帰を行刑の主要目的とする現在の刑罰論を貫徹すると、凶悪犯罪を含む自然犯に対しても、犯罪者を人間として尊重し、人格を否定してはならないことになる。このような理想論の趣旨に合致できる刑罰を生み出すのは実務にとって至難の業だと言わざるを得ない。「刑」と「罰」との二分を試みた本稿の関心は、「罰」である制裁の中身を検討することのみならず、「刑」あるいは刑罰における「非難」「否定」の現代的含意を、第一章で論じた市民の普遍的自由の維持・回復という刑罰の目的から、指摘することである。

第二章の主要な結論は以下のとおりである。

1. 刑罰を「刑」と「罰」の二分論的に把握した場合、従来の二重処罰の禁止に関する議論は「罰」（物理的な害悪の賦課である制裁）の側面に集中しすぎていると考えられる。「刑」（社会倫理的な非難、道徳的非難）を刑罰専有の属性であるとするならば、刑罰とそれ以外の制裁とを並行的に実現することには支障がないだろう。だが、両者の上位概念である市民の責任が過大にならないように注意すべきである。だから、問題は制裁のあり方だけでなく、現代社会の刑罰における非難の含意をも明らかにしなければならないことにある。

2. 犯罪は市民の普遍的自由に対する市民の不法であり、刑罰は市民の普遍的自由の維持・回復を目的とする。犯罪および刑罰に対するこのような理解に基づき、非難の現代的含意を、憲法上の市民の責任から解明する必要がある。本稿では、市民責任が合理的に果たされる最低限度内で市民の自由を制限することを刑罰の在るべき形であると指摘する。

3. 刑罰における社会倫理的な非難という語は、人間の否定から人格の否定に変わり、その後、市民の否定を含意するものとしてある程度定着していると認められるならば、犯罪者の人間性および人格を尊重するために道徳的否定評価と刑罰の非難という法的否定評価とを区別するように、刑罰における非難は道徳中立的に理解しなければならない。そうだとすると、人間の存在および人格を否定してはならない刑罰とそれ以外の制裁との間には、市民の失格による非難程度の差しかない。

4. 前述した諸結論を踏まえ、刑罰の在るべき形の問題を振り返ってみると、市民的責任に著しく違反するほどの不法に対して、市民の普遍的自由を維持・回復するために使われる刑罰が、市民の自由制限に等しいなら、市民の自由が豊富になればなるほど、刑罰も多様な形になるはずである。

第三章 量刑可視化論

「量刑の本質は、被告人の犯罪行為に相応しい刑事責任を明らかにすることである」というような、人間の基本的な公平感による観点には異議がなかろう。だが、具体的な量刑事情および量刑基準を裁判の量刑段階である程度限定し明確にしない限り、量刑の本質を如何に正しく理解してもそれだけでは無意味だと言わざるを得ない。

構成要件における事実的要素を認定するだけで量刑問題を解決できる絶対的法定刑主義は、その量刑事情および量刑基準がいずれも完全に犯罪の構成要件に合致するから、構成要件が明白に定められる限り、量刑は刑罰の裁量とは言えずただの適用である。このような多くの規範的判断を事実認定に還元する絶対刑は量刑問題を容易く解決できると言えるけれども、ほぼ近代以前の立法で採用された手段にすぎない。代わりに、構成要件における事実の認定を次第に規範的判断にしてきた現代の刑事立法・司法には、量刑問題を一層複雑化する一面があり、判断に裁量の余地を認めるのみならず、とりわけある事情を「構成要件要素」にするか「量刑ルール」にするかは、立法によって量刑結果の相違をもたらさう。

現代の刑事立法では、構成要件ごとに法定刑を設け、犯罪類型ごとに量刑傾向を示し、最終的に量刑判断を裁判官の裁量に委ねるのが一般的である。そのため、量刑の困難さは、まず刑事立法の近代化によると言えるとともに、同じく相対的法定刑主義を採用する諸国の刑事立法の相違が示すように、諸国は同じく量刑の公正に注目するけれども、必ずしも同様の問題に直面するわけではない。そして、犯罪類型ごとに刑罰を設けるのが共通点であるにもかかわらず、量刑には犯罪者の個人的事情ないし社会政策のことも含めて考える必要があるため、犯罪類型あるいは行為類型だけではなく、少なくとも犯罪者類型ないし「社会的類型」にも注意しなければならない。いずれにせよ、構成要件ではなく犯罪類型に沿って刑罰を決めるのが現在の量刑の基本的な考え方だと言え、類型別の集積方法は量刑研究の最初の課題である。

類型ごとに判断をある程度統一する方法は、世の中のあらゆる「判断」という仕組みに準用される1つの基本的な形である類推法だと言えよう。近代以前の量刑判断についても、東洋法史学者の寺田浩明が指摘したように、「今回の判断をその先例群の間に『差し込む』ような仕方で行う他はない」ということである。しかしながら、これだけで済むとは言えない。例え先例群が類型のことを意味するのであっても、具体的に如何なる類型によるかは量刑判断に根本的な相違をもたらさう。これに加え、類型的な思考の他に、自然科学だけではなく社会科学においても思考の可視化が必要とされるため、量刑判断を規律する先例群という仕組みにも、さらなる可視的な構造を追求しなければならない。ただし、より根本的に問題があるのは、類型化的思考であれ可視化的思考であれ、いずれも量刑判断には欠けてはならないが、逆に物事の本質による複雑性を回避し、実質的な分析を行わず単に犯情および一般情状を列挙して従来の判断傾向に従うだけで今回の判断結果を得るのが正しいというような錯覚に陥る傾向がないわけではないことである。先例あるいは類型自体は直ちに法規範に等しいものとはいえないからである。例えば、最高裁平成26年7月24日判決（刑集68巻6号925頁）が示すように、「先例の集積それ自体は直ちに法規範性を帯びるものではないが、量刑を決定するに当たって、その目安とされるという意

義をもっている」。だからこそ、そのような潜在的錯覚を避けるため、特に詳細な量刑ルールを定めていない場合、その判断の目的ないし刑罰の目的を常に意識しながら、先例の内容のみならず最終的にはある程度の規範性までを有する判断要素と判断基準を明確にしなければならない。

本章では、前掲した 26 年判決などの最高裁判例を参考しながら、諸国の量刑アプローチを簡単に紹介した上、数値化の量刑ガイドラインの必要性に異議を述べる。より詳細な量刑ルールを強い法的拘束力を有する「規範」から単なる事実的拘束力を有する「参考資料」とどまるとさせるべき理由は、情状自体の不定性によるのみならず、例え合衆国連邦量刑ガイドラインのような刑の数量化まで備えられていない日本の量刑傾向という事実上の量刑ルールについても、適切な量刑判断の幅を設定しながら、強い先例拘束性を認められない事実審裁判所の量刑判断をできるだけ尊重し、裁判所の裁量権行使に無用の障害を生じさせないようにしなければならないからである。これによって推測できるのは、仮に数値化に至っても、あらゆる量刑ルールが細かく定められれば定められるほど、逆に強い規範性を認められなくなる可能性があるため、量刑における詳細で具体的な「正当」は何かという問題が答え難くなることである。代わりに、「不当」が何かは検討の手かかりにしなければならない。

第一章、二章の結論を貫徹しながら、法秩序を乱す不法を市民として負う責任への違反とし、刑罰を法秩序の回復という市民責任の実現とする観点からは、量刑判断では、被告人に関わるあらゆる事情ではなく、犯行と関わって市民責任に影響を与えること（ないし判決後の事情）のみを評価すべきこととなる。したがって、例え被告人に人間としての不遇な生育歴などの「同情」に値するところがあっても（これらは社会福祉に関わる問題が多い）、犯行に至った経緯を鑑み、それが彼らの市民の義務履行に影響を与えない限り、そのような事情が量刑評価の対象になることは妥当だとは言えないであろう。

量刑基準と量刑事情の範囲をある程度理論的に限定しようとする本章の主要な結論は次の通りである。

1. 量刑ガイドラインの存否を問わず、量刑では、考え方として構成要件ごとに法定刑を設け、犯罪の社会的類型ごとに一定の量刑傾向あるいは刑量枠を示した上、最終的に量刑判断を裁判官の裁量に委ねるのが一般的である。

2. 量刑の基礎である責任主義を市民責任主義の下に解してきた私見によれば、量刑判断は類型ごとあるいは「幅」によるものであるが、刑法の最終手段性に依拠する最低限度の市民責任という「点」に向けて収束させる事情を考慮すべきである。

3. 数値化された量刑ガイドラインは必須ではないものの、量刑基準と量刑事情の範囲はある程度限定すべきである。そのため、犯行と関わって市民責任に影響を与える事情のみを考慮し、段階的な思考方法に基づいて、一般化された人格（責任論）および市民の具体的な人格（特別予防論）をいずれも市民責任の枠内で理解し尊重しなければならない。