

博士学位請求論文

量刑判断に関する検討

—日韓における比較法的考察も踏まえて—

Eine Studie über die Strafzumessung

中央大学大学院法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

表 相均

量刑判断に関する検討
—日韓における比較法的考察も踏まえて—

目 次

序 章	
I 本研究の目的と分析視座	1
II 本研究の構成と概要	1
第一章 法定刑の引上げと刑事立法—日韓両国の現状と議論を中心に—	
I 序	5
II 日韓両国における社会変化	6
1. 社会統計の分析	6
(1) 市民の認識	6
(2) 不安要因	7
2. 刑事立法と安全要求	8
3. 安全要求の原因	9
(1) 社会の巨大化・複雑化	9
(2) マスメディアの役割	10
4 現状	11
III 刑事法の改正と量刑	12
1. 韓国における刑事立法の動向	12
(1) 刑法の一部を改正する法律	12
(2) 性暴力犯罪の処罰等に関する特例法	12
(3) 特定犯罪者に対する位置追跡電子装置装着等に関する法律	13
(4) 性暴力犯罪者の性衝動薬物治療に関する法律	14
2. 法定刑の引上げと量刑	14
(1) 法改正の必要性	14
(2) 法定刑引上げの過程	15
(3) 法定刑引上げの意味	16
IV 刑事立法における課題	17
1. 刑事立法の役割	17
2. 刑罰論に基づく考察	18
(1) 刑事立法の意義—保護法益	18
(2) 抑止刑論	19
3. 日韓両国における課題	21
V 結	23

第二章 量刑の意義と量刑判断の不統一に関する検討
—韓国 の現状と議論を中心に—

I 序	24
II 量刑の概念	25
1. 量刑の意義	25
(1) 量刑の概念区分	26
(2) 法律上の量刑規定と裁判官による量刑	27
(3) 憲法, 刑事訴訟法と量刑	28
2. 量刑の重要性	29
(1) 裁判官	30
(2) 被告人	30
(3) 被害者	30
(4) 市民	31
3. 小括	31
III 刑の量定の過程	32
1. 法定刑・処断刑・宣告刑	32
2. 刑の加重・減輕・免除	33
(1) 刑の加重と減輕	33
(2) 刑の加減例・刑の免除	34
3. 刑の宣告猶予・執行猶予	35
(1) 刑の宣告猶予	35
(2) 刑の執行猶予	35
4. 小括	36
IV 量刑判断の不統一	37
1. 制度上の問題	37
(1) 量刑の客観的な基準の不存在	37
(2) 刑事特別法の乱立	38
(3) 量刑審査の困難	39
2. 実務上の問題	40
(1) 不十分な量刑審理による量刑の偏差	40
(2) 執行猶予のジレンマ	42
(3) 韓国における, いわゆる「前官礼遇」の慣行	43
3. 小括	43
V 結	45
1. 総括	45
2. 企業過失犯罪に関する新たな試み—試論と展望—	45

第三章 量刑責任に関する検討

I	序	49
II	量刑に関する法規範と実務におけるその適用	50
	1. 刑法典における刑罰及び量刑に関する規定	50
	(1) 法定刑と量刑規定	50
	(2) 刑の加重減輕事由	50
	(3) 刑の執行猶予	51
	(4) 検討	52
	2. 実務における量刑相場	53
	(1) 量刑相場の存在	53
	(2) 量刑基準と量刑相場との関係	54
	(3) 検討	55
	3. 小括	56
III	量刑における責任主義	57
	1. 犯罪論上の責任と量刑責任との関係	57
	(1) 量刑における責任主義	57
	(2) 行為責任	59
	2. 量刑判断における「幅の理論」と「点の理論」	61
	(1) 「幅の理論」	61
	(2) 「点の理論」	62
	(3) 検討	63
	3. 量刑事情	64
	(1) 行為責任と量刑事情	64
	(2) 予防的考慮としての量刑事情	65
	4. 小括	67
IV	量刑判断の構造	68
	1. 量刑判断の過程	68
	(1) 一般的な判断過程	68
	(2) 執行猶予を伴う場合の量刑判断	69
	(3) 執行猶予が付された場合の刑期	70
	(4) 刑の一部執行猶予の場合の量刑判断	71
	2. 量刑の理由	72
	3. 上訴審における量刑審査	73
	4. 小括	74
V	結	75
第四章 量刑判断と罪数—併合罪における併合の利益を中心に—		
I	序	77
II	数罪に関する科刑	77
	1. 前提的考察	77

2. 犯罪の個数に関する規定	78
3. 罪数の効果	79
(1) 実体法上の効果	79
(2) 訴訟法上の効果	80
4. 検討	80
III 併合罪における量刑判断	81
1. 併合の利益	81
2. 複数の犯罪を併合する場合の科刑	83
(1) 最判平成15年07月10日刑集57巻7号903頁	83
(2) 大阪地判平成16年10月1日判時1882号159頁	85
(3) 最決平成19年3月22日刑集61巻2号81頁	86
(4) 最決平成24年12月17日裁判集刑309号213頁	87
3. 併合罪の科刑に関する検討	88
(1) 全体的量定説に関する検討	88
(2) 個別的量定説の妥当性	89
IV 単純数罪における量刑判断	92
V 結	94

第五章 裁判員裁判と量刑判断—韓国 の 現 状 も 踏 ま え て—

I 序	96
II 裁判員裁判と量刑判断	97
1. 裁判員法の概要	97
(1) 合議体の構成	97
(2) 裁判員の権限・義務，審理	97
(3) 評議・評決，判決	98
(4) 区分審理・部分判決・併合事件審判	99
2. 裁判員裁判における量刑判断	100
3. 評議・評決	102
4. 量刑理由の記載	102
III 控訴審における量刑審査	103
1. 最判平成26年7月24日裁時1608号15頁	103
(1) 事実の概要	103
(2) 判決要旨	105
2. 検討	108
IV 韓国 の 国民 参 与 裁 判 と の 比 較 法 的 考 察	110
1. 被告人の有罪・無罪についての評議，評決	110
(1) 評議	110
(2) 評決	110
(3) 量刑に関する討議	111

2. 控訴審との関係	111
3. 検討	112
V 結	113
終 章	115
参考文献	120

序 章

I 本研究の目的と分析視座

II 本研究の構成と概要

I 本研究の目的と分析視座

従来、日韓両国刑法学において、量刑論は他の領域に比べ研究対象とされることが少なかったが、近年では、被害者保護と刑事立法の活性化、刑法改正による重罰化、そして裁判員制度の導入に関連して、刑罰のあり方の検討が重要な課題として意識されるようになった。個別の刑の量定のあり方を考察するには、刑罰論を踏まえなければならず、このような前提に基づいて実務家と研究者による、量刑に関する共同研究が活発化してきている。犯罪の成否のみならず、刑罰の種類・程度にまで検討対象が拡大しつつあり、犯罪論と刑罰論との関係が今まで以上に意識されていることは、今日の刑法学における1つの特徴といえることができる。

このような認識に基づいて、本稿では、これまで研究された「量刑判断」というテーマについて、そこで提示された論拠や実務の見解を参考しながら、量刑判断の実際を検証すべきとの判断の下、量刑判断にあたって必須となる立法から刑の宣告までを射程範囲とした上で、判例及び具体的な事例に即した検討を行うように試みた。併せて、比較法的視点も取り入れて、量刑論に関する立法・政策的な議論が盛んに行われている韓国の現状及び課題を、比較対象として取り上げる。

また、量刑過程が、宣告刑の形成のみならず、法定刑・処断刑の形成を含む多様なプロセスであることに鑑み、法定刑の役割及び罪数の問題についても考察した。判断主体の問題として、裁判員裁判の意義や裁判員裁判の量刑判断についても検討を加えた。

本稿は、基本的にこれまでに執筆した「量刑判断」に関する諸論稿を1つの論文としてまとめたものである。まとめるにあたって、その検討が十分ではなかった点につき、具体的には、併合罪における量刑判断や裁判員裁判における量刑判断について、論ずる内容を新しく書き加えたものである。このように、新たな論稿をおこすにあたって、各論文には必要な限度で加筆、訂正を加えたが、過去に示した論旨をもちろん変更するものではない。

II 本研究の範囲と構成

検討を始めるにあたり、まず、量刑判断にあたって必須となる立法から刑の宣告までを射程範囲とした上で、本章では、各章の目的と分析視座について言及する。

第一章から第三章までは本稿の基礎編として、第一章では、近年の刑事立法の動向に照らして、量刑判断の基礎となる法定刑の役割及びその引上げの意味を、刑罰

論・政策論的視点を入れつつ、総合的に検討する。第二章では、量刑判断における根本的な問題を明らかにした上で、比較法的観点から、韓国における量刑不統一問題について検討する。第三章では、日本における量刑理論と実務における実体法判断との関係性を検討した上で、量刑判断の中核である量刑における責任主義を明らかにし、その判断過程をも検討する。

このような量刑判断に基づき、第四・五章は応用編として、第四章では、量刑判断における罪数問題を検討し、数罪の中で特に併合罪における処断刑形成過程、宣告刑形成過程を検討の対象とする。第五章では、近年始まった裁判員制度と量刑判断について論じ、法廷に裁判員が加わることによる変化に注目する。各章で示した論考をまとめた本稿の結論を終章で示す。

さらに、章別に詳細にみると、以下の通りである。

第一章は、法定刑の引上げと刑事立法に検討を加えたものである¹。

現在の刑事立法においては「安全」ないし「治安」の必要性が強調されており、また、近年の刑事立法の活性化に鑑みれば、市民からの安全への要求が刑事立法になんらかの影響を与えているであろうことは、想像に難くない。しかしながら、この安全要求と刑事立法との結びつきに関する考察は、これまで必ずしも十分なものとはいえなかったように思われる。市民の安全要求が刑事立法においてどのように作用したかにつき、具体的に検証する必要がある。その際、日本と同様に刑事立法の活性化がみられる韓国における現状を比較法的に検討することは、有益なものとなりえよう。

そこで、本章では、日韓両国の犯罪統計や犯罪に関する市民の意識が、安全要求と刑事立法の活性化にいかなる影響を与えているのか、その両者の因果関係を探ることとする。また、近年なされた韓国における法改正を参照しつつ、韓国において刑事立法の活性化がみられるようになった背景を明らかにする。そして、その分析をもとに、市民の安全要求と刑事立法の役割との本来あるべき関係性を模索する。

第二章は、量刑の意義と量刑判断の不統一に関して検討を加えたものである²。

日韓両国において、法秩序の維持のために処罰は必要不可欠であり、その処罰の基準が不明確すると犯罪予防効果は減少するということはこれまで一般的に認められてきたが、実際には、量刑判断の不統一による法適用及び執行の信頼性が問題となっているというのが実態であろう。それゆえに、犯罪の成否の判断過程よりも、量刑の基準が重要視されることになるが、量刑についての議論は不十分なのが実情である。

本章では、量刑論と刑罰論の両者を通じて一貫した理論基盤の形成を背景として、量刑の意義及び重要性を詳細に研究するものである。特に、韓国においては量刑判断の不統一問題が発生しており、その問題は、量刑論と刑罰論の関係性を論ずる上で好個の素材といえよう。韓国での現状を参照する上では、徹底した原因分析が必要であると考えられ、制度上の問題と実務上の問題に分けて検討する。本章の結びに代えて、

¹ 拙稿「韓国における法定刑の引上げと刑事立法に関する一考察」比較法雑誌48巻3号（2014年）305頁。

² 拙稿「韓国における量刑の意義と量刑判断の不統一に関する検討」中央大学大学院研究年報法学研究科篇43号（2014年）189頁。

量刑判断における企業犯罪の問題、特に企業過失犯罪の対策として、韓国における両罰規定の改正と法人処罰の根拠に関しても簡単に紹介することにする³。

第三章は、量刑における責任主義に検討を加えたものである⁴。

近時、被害者保護と刑事立法の活性化、刑法改正による重罰化、そして裁判員制度の導入を契機に、量刑論が重要な課題として意識されている。そこでは、刑罰論に根ざした検討が必要とされるが、加えて、個々の量刑事情、量刑事情の方向性、量刑事情の重要性の程度が明らかにされなければならない、この解明にあたっては、量刑責任の本質、すなわち、行為責任と予防的考慮との関係性についての検討が不可欠である。本章は、量刑責任の基礎になる実体法理論と量刑理論との整合性を分析するものである。責任の幅に予防目的が考慮されるに際して、予防的考慮に係る量刑事情は責任の付随事情として責任を軽減する方向でのみ斟酌するアプローチが、量刑相場における量刑事情の範囲、また、量刑理由の記載、上訴審における量刑審査基準との関係性に鑑みれば、有用であると結論づけるものである。

第四章は、量刑判断と罪数について併合罪における併合の利益を中心に検討を加えたものである。

量刑における罪数論・競合論は、犯罪論と刑罰論をつなぐ領域として位置づけられている。そして、罪数論は、実体法よりはむしろ手続法において、特に実務において重視されてきたところであり、理論的研究の対象とはなりにくい分野であるとされてきた。例えば、刑罰権は、犯罪の個数に対応して発生するから、1個の犯罪を二重に処罰することは許されないが、2個の犯罪については、時を異にしてそのそれぞれに刑罰を科すことが可能である。1個の行為が複数の構成要件を実現した場合、あるいは、複数の行為が複数の構成要件を実現した場合には、それらがいかなる関係に立つのかが問われる（競合論）ことになり、複数の構成要件間の関係と犯罪の個数決定及びこれに対する処断刑の選択などが、量刑判断において、困難な問題となる。例えば、1度に数人を殺すことと、数回にわたって一人ずつ殺すことには刑法的評価に差異が生じるから、両者の場合に、犯罪の個数はいくつか、関連する数罪の間の関係はどうなるのか、それによって刑罰はどう変化するか、といった問題が生じる。

また、刑事訴訟法上は公訴不可分の原則や一事不再理効・二重処罰の禁止（憲法 39 条、刑事訴訟法 337 条 1 号）の範囲を論じるに当たっても、刑法上の罪数論が重要な役割を果たしている。もっとも、量刑論と罪数論、特に数罪との関係性については、主たる検討課題として議論されてきたわけではないが、近時、裁判員制度の導入を契機に、量刑論が重要な課題として再認識されており、罪数論に関する重要判例の出現が相次いでいる。本章は、いくつかの重要判例を取り上げつつ、量刑における罪数論の現状と課題を明らかにする。

第五章は、裁判員裁判と量刑判断について、韓国の現状も踏まえて検討を加えたものである。

³ 拙稿「韓国における両罰規定の改正と法人処罰の根拠—『企業システム過失責任』を中心に—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇42号（2013年）247頁。

⁴ 拙稿「量刑責任に関する検討」中央大学大学院研究年報法学研究科篇44号（2015年）219頁。

裁判員制度は、国民から選ばれた裁判員と裁判官が、それぞれの知識や経験を活かしてともに判断することにより、国民によってより理解しやすい裁判を実現することを目的に、犯罪事実の認定及び有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するとの理念が具体化されたものである。有罪の場合の刑に関する裁判員の意見は、裁判官と同じ重みを持つことから、裁判員制度のみならず、裁判員の加わった裁判における量刑判断のあり方についても議論されてきた。

裁判員制度導入の経緯に照らせば、量刑については、事実認定以上に、第1審の判断が尊重されなければならないから、裁判員との評議において妥当な結論を導くことができるよう、量刑の評議をどのような手順、方法で行うか、十分に検討しておく必要があると思われる。評議にあたっては、過去の裁判例によって形成された量刑基準を参照せざるを得ないが、裁判員には、量刑相場との異同を検討することは要求されないことから、控訴審における量刑審査が重要視されることになるため、控訴審の役割について検討を加えた。韓国の国民参与裁判との比較法的考察を通じて、裁判員裁判における量刑判断について理解を深めるものでもある。

終章は、本稿の結論であり、本章に至るまでの量刑判断において検討すべき諸事項、一般量定過程として、量刑論の意義、法定刑の意味及び役割、量刑における責任主義、さらに、併合罪における量刑判断、裁判員裁判の対象犯罪に関する量刑判断について私見を述べ、日韓両国における量刑判断について評価を加える。

以上のように、本稿は量刑理論を基礎とする量刑の解釈論を展開したものであり、制度論や刑事政策論についても検討を加えた。そのような研究方法により、「量刑判断」という研究対象を総合的に論証できると思われるからである。もちろん、その基礎となる「量刑理論」が確固としたものでない限り、総合的に論証するといっても、あるべき量刑判断を導き出すことが困難であることはいうまでもない。

第一章 法定刑の引上げと刑事立法 —日韓両国の現状と議論を中心に—

- I 序
- II 日韓両国における社会変化
- III 刑事法の改正と量刑
- IV 刑事立法における課題
- V 結

I 序¹

今日、凶悪犯罪が頻発するようになったとの報道がたびたびなされているが、これは日本に限ったことではない。現に韓国では、凶悪犯罪の発生件数が2002年から2011年の10年間で約1.65倍に増加しており²、それを受け、特に殺人や性犯罪などをより重罰に処することなどによる犯罪なき社会の実現に対する保障の欲求、すなわち、安全要求が市民の間で高まっている。この安全要求は、裁判所に対しては犯罪者の厳しい処罰を、立法者に対しては安全や予防に資する法律の拡充を求めるという形で顕在化し、また、犯罪者を社会から隔離することで市民生活の秩序・安定を保とうとする論調も、立法論において散見されるようである。

このように、現在の刑事立法において「安全」ないし「治安」の必要性が強調されており、また、近年の刑事立法の活性化に鑑みれば、この安全要求という現象が刑事立法になんらかの影響を与えているであろうことは、想像に難くない。しかしながら、この安全要求と刑事立法との結びつきに関する考察は、これまで必ずしも十分なものとはいえなかったように思われる³。市民の安全要求が刑事立法においてどのような作用をもたらしたかにつき、具体的に検証する必要がある。その際、日本と同様に刑

¹ 本章は、拙稿「韓国における法定刑の引上げと刑事立法に関する一考察」比較法雑誌48巻3号（2014年）305頁に基づいたものである。観点の偏りや誤解を生みやすい表現があるため修正や加筆を行ったが、過去に示した論旨にはもちろん変更はない。

² 韓国法務研修院『犯罪白書（2012年）』（法務研修院，2013年）59頁。

³ 城下裕二「法定刑の引上げと立法政策」犯罪社会学研究30号（2005年）7頁以下、伊藤康一郎「理性と感情：リスク社会化と厳罰化の交差」犯罪社会学研究31巻（2006年）74頁以下、井田良「社会の変化と刑法」『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会，2007年）11頁以下、岩井宜子「法定刑改定と刑事政策—特集法定刑の改正の理論的検討と実務への影響—」刑法雑誌46巻1号（2006年）52頁以下、只木誠「刑事立法（刑法，刑事訴訟法の立法）へ与える被害者保護の影響」金尚均編『刑罰論と刑罰正義=Straftheorie und Strafgerechtigkeit:日本—ドイツ刑事法に関する対話』（成文堂，2012年）95頁以下、松原芳博「刑事立法と刑法学（特集立法学の新展開）」ジュリスト1369号（2008年）64頁以下、浜井浩一・芹沢一也『犯罪不安社会誰もが「不審者」?』（光文社新書，2006年）16頁以下、玄守道「近時の刑事立法に対する批判的検討—何が問われているのか?—」立命館法学5・6号下巻（2009年）2070頁以下。

事立法の活性化がみられる韓国の現状とを比較することは、有益なものとなりえよう。というのも、近年、韓国が法定刑を2倍に引き上げたことは参照する価値があると思われるからである。

本章では、まず日韓両国の犯罪統計や犯罪に関する市民の意見調査を分析することで、安全要求と刑事立法の活性化の因果関係を探ることからはじめることとする（第Ⅱ節）。さらに、近年なされた韓国における法改正、2010年に行われた法定刑の引上げに関する規定を参照することで、韓国において刑事立法の活性化がみられるようになった背景を明らかにする（第Ⅲ節）。そして最後に、第Ⅱ・Ⅲ節での分析をもとに、市民の安全要求と刑事立法の役割との適切な関係性を模索する（第Ⅳ節）。

Ⅱ 日韓両国における社会変化

1. 社会統計の分析

(1) 市民の認識

日本で、体感治安という言葉がはじめて用いられるようになったのは1990年代のようであるが、その背景には、1994年の松本サリン事件、1997年の地下鉄サリン事件、さらに、同年の阪神大震災などの発生によって、治安神話の崩壊と評される状況があったものと推測される⁴。このような体感治安の悪化は、その後も継続的にみられ、例えば2012年の世論調査においても、日本の治安に対する認識が「悪くなったと思う」との回答は8割近くに上った⁵。しかしながら、この体感治安の悪化は、実際には、現実の治安の悪化に根ざしたものではない。日本では、刑法犯の認知件数は平成8年から毎年戦後最多件数を更新し、2002年には370万件を記録したものの、2003年から減少に転じて、2010年は227万件（前年比13万件〔5.4%〕減）、さらに、2012年は202万件（前年比12万件〔6%〕減）まで減少しているのである⁶。それにもかかわらず、多くの市民が、治安が悪化していると感じている点は注目に値する⁷。もっとも、2013年の犯罪白書によれば、「殺人（94%）、強盗（68%）などの凶悪犯罪を含め、傷害、暴行、脅迫については検挙率は依然として高く、体感治安の悪化に歯止めをかけている」という見解もあるが⁸、体感治安は犯罪件数や検挙率などに基づくものではない。

一方、日本と同様に治安の悪化を感じる市民の割合が比較的高く推移している韓国に目を向けると、犯罪件数の推移と体感治安との関係性について、日本とは異なる様相を呈している。韓国の犯罪傾向につき、2011年韓国犯罪白書によれば、過去30年の間に全犯罪の発生件数は約3.06倍、対人口発生率も約2.34倍に上昇している⁹。確かに、2010年の全犯罪の発生件数は191万7,300件にのぼり、前年比で16.2%減少、

⁴ 佐伯仁志「刑法の社会的機能の変容」新世代法政策学研究11号（2011年）5頁。

⁵ 内閣府『治安に関する特別世論調査（平成24年8月）』2頁参照。

⁶ 法務省『平成23年版犯罪白書』1頁。

⁷ 岩井・前掲注3）53頁。

⁸ 只木誠「平成25年版犯罪白書を読んで：ルーティン部分に関して」法律のひろば67巻1号（2014年）4頁。

⁹ 韓国法務研修院『犯罪白書（2011年）』（法務研修院，2012年）44頁。

刑法犯の発生件数も前年に比べて5.4%減少しているものの、2001年と比べると約70%と高い増加率を示しているのである。生命や身体に重大な危害を与える殺人、強盗、強姦などの凶悪犯罪の発生件数も、2001年からゆるやかな増加傾向を維持しており、2010年には2万7,482件と、2001年の1万4,896件と比べて約1.84倍に増加している。また、強盗の発生件数は若干減っているものの、殺人の発生件数は約1.19倍、強姦の発生件数は約1.91倍に増加している¹⁰。こうしてみると、犯罪の増加傾向は、韓国の人口の増加傾向とともに、30年にわたりおおよそ維持されており、これは刑法犯の発生件数や凶悪犯罪の発生件数に関しても異ならないといえる¹¹。これに対して、犯罪に対する市民の認識については、2012年では「安全だと思う」が9.1%、「不安だと思う」は64.2%であったため、このデータからすれば、日本に比べ高い割合の韓国市民が犯罪に対して不安を感じていることが分かる¹²。

このように社会において多くの市民が犯罪に対して不安感を抱いていることからすれば、市民は不安感の増大ゆえに犯罪からの安全を期待していることは想像に難くない。このような期待は、近年の刑事立法の活性化という形で実現されているともいえよう。ここで、なぜ特に近年になって、この犯罪への不安が刑事立法のコンテキストで強調されることとなったのかという疑念が生じる。さらに、日本においては、体感治安の悪化は犯罪件数の増加と直結しているものではなかった。とすれば、そのような体感治安の悪化のさらなる要因を探ることが必要となろう。

(2) 不安要因

市民が感じている犯罪への不安に、犯罪件数の増加以外の要因があるとすれば、どのようなものが考えられるか。その1つに、マスメディアによって取り上げられやすい凶悪犯罪、すなわち、特別な動機のない無差別的な殺人といった社会的に関心をひく凶悪犯罪が発生することで、市民が犯罪被害者となることに強い不安を抱くようになることが考えられる。例えば、韓国の警察官数が過去40年間で2倍（2009年時点で9万9,554人）以上増加することで、警察官一人当たりの人口率は減少しており、また、同期間に全体犯罪の検挙率が毎年増加しているにもかかわらず、主要刑法犯罪の検挙率が継続的に下落していることは¹³、凶悪犯罪の増加傾向に照らして見る限り、凶悪犯罪の被害者になる危険が増大しているということであり、そのことから犯罪不安を高めている可能性があるともみることができよう。

しかしながら、ここで市民が抱いている不安とは、実際には、自身が被害者となる可能性から生じる不安と同じものではない。例えば、直接・間接的な犯罪被害に関する意識調査が韓国において実施されたが、この調査結果によれば、犯罪被害に対する恐怖を感じているとの回答は、2003年には39.7%、2006年には25.2%、そして、2009年には37.8%、2011年には31.6%となっており¹⁴、上記の犯罪に対する不安が約

¹⁰ 韓国法務研修院・前掲注9) 59頁。

¹¹ 韓国法務研修院『犯罪白書（2013年）』（法務研修院，2014年）43頁。

¹² 韓国統計庁『2012年韓国の社会調査結果』（統計庁，2012年）34頁。

¹³ 韓国統計庁・統計開発院『韓国の社会動向2010』（統計開発院，2010年）223頁。

¹⁴ 金芝璿ほか『全国犯罪被害調査2010』（韓国刑事政策研究院，2011年）248頁。

6割であることに鑑みれば、犯罪被害に対する不安は決して高いものとはいえない。加えて、犯罪被害に対して不安を感じている者の割合が、過去10年間、一定の範囲で推移していたことからすれば、先に挙げたような韓国における犯罪件数の増加傾向が、市民の犯罪被害に対する不安感を増長しているわけではないといえるであろう。潜在的な被害者となることに対する不安感は、犯罪件数の増減にかかわらず、つねに存在してきたのである。

すなわち、犯罪以外の社会的不安要素が、その要素が犯罪に関する状況に直接的に影響を及ぼすかどうかに関わりなく、市民の体感治安に影響を与えているのである¹⁵。犯罪以外の社会不安と犯罪に対する不安感との関係性に着目する研究はすでになされているところであり、それによれば、犯罪への不安以外にも、多様な社会不安が市民の犯罪からの安全要求を高めている可能性があるという¹⁶。それゆえに、市民が感じる犯罪に対する不安とは、犯罪被害に対する不安とは異なるものであって、現実の社会における犯罪状況というよりは、むしろ、犯罪状況以外の社会状況やそれに関する市民の認識に影響されるものである¹⁷。

この点につき、再び韓国の状況に目を移してみると、韓国統計庁の調査結果¹⁸によれば、2008年の時点で、市民が不安を感じる主な要因として、犯罪（18.3%）、災害（16.2%）、経済危機（15.4%）、環境汚染（13.5%）、国家安全保障（10.5%）が挙げられ、市民が犯罪に対する不安感を強く感じていることが分かる。しかしながら、2010年には、社会的に注目される事件（韓国哨戒艦沈没事件など）が発生したことによって、南北関係の緊張が高まり、国家安全保障（28.8%）に対する不安感をもっとも高くなり、それに次いで犯罪（21.1%）、経済危機（15.4%）、災害（10.7%）、道徳性の不足（7%）が挙げられている。また、2012年になると、再び犯罪（29.3%）に対する不安が最多となり、国家安全保障（18.4%）、経済危機（15.3%）、災害（11.4%）、道徳性の不足（10.6%）と続いている¹⁹。

上述のような社会不安は、それ単体で市民の体感治安に影響を与えているのではなく、複合的、重疊的に作用している。あるいは、生活全般に対する本人の満足度によっても、体感治安は影響される²⁰。それゆえ、市民における体感治安は、必ずしも、現実の犯罪に関する状況を反映しているものではなく、体感治安に伴う安全要求の高まりも、刑事事件を取り巻く環境から起因しているわけではないのではないかとの疑問が生じる。とすれば、市民の安全要求に基づいた刑事立法の必要性についても、いまいちど詳細な検討を行っていくことが求められよう。

¹⁵ Sandra Walklate, *Criminology: The Basics*, 2th ed, London, Routledge, 2011, p. 41.

¹⁶ Douglas D. Perkins & Ralph B. Taylor, "Ecological Assessments of Community Disorder: Their Relationship to Fear of Crime and Theoretical Implications", *American Journal of Community Psychology*, Vol. 24, 1996, p. 94.

¹⁷ 韓国統計庁・前掲注12) 35頁。

¹⁸ 韓国統計庁『2010年韓国の社会調査結果』（統計庁、2010年）37頁。

¹⁹ 韓国統計庁・前掲注12) 35頁。

²⁰ Sandra Walklate, op. cit., p. 113.

2. 刑事立法と安全要求

上記のように、市民の抱く犯罪に対する不安がそれ以外の社会不安に比べて比較的高い数値を維持していることからすれば、その限りにおいて、犯罪からの安全要求が、その原因が犯罪に関する社会状況に基づくものではなかったにせよ、市民の中に現存しているとみることが、それほど無理のない捉え方といえよう。そうだとすれば、この安全要求は、刑事立法の中でどのような役割を果たしているのか。

安全要求と刑事立法との関係性については、以下のように、大要2つの考え方が考えられる。まず、日本の犯罪被害者等基本法の前文には、「安全で安心して暮らせる社会を実現することは、市民すべての願いであるとともに、国の重要な責務である」とされていることから、安全要求を市民の基本的権利とした上で、この要求に応じるために犯罪抑止のための断固たる措置が必要であるとの理解がありえよう²¹。この理解からすれば、犯罪からの安全を市民が要求した場合にこれに応じることは国家の任務であると同時に、国家が存在する理由の1つであるから、犯罪に対する市民の認識が立法においても重要な意味を有していると考えられるのである。これに対して、市民の安全欲求の背景に存在する社会問題の是正・改善が優先されるべきであるとの理解²²もみられ、このような理解からは、国家が安全欲求に直ちに法改正や刑事立法によって応じることは、刑事政策が市民の認識や感情に左右され、かつ、政治的な目的（特に選挙）のために用いられることになる危険性があることからすれば、控えられるべきであるとされる。加えて、近時の法定刑引上げなどの刑事立法が、受刑者の再社会化や現実的な治安維持といった刑事法の本来の目的よりも、犯罪に対する不安を取り除くことを追求するものであって、その手段になっているのではないかという懸念が、この後者の理解からは示されている²³。

すでに確認したように、市民の犯罪からの安全要求が、必ずしも現実の犯罪に状況を反映するものでないとするならば、後者の理解が述べるように、その原因となっている社会問題の是正・改善が喫緊の課題であって、刑事立法による対処は、不要なものとなろう。では、そもそも市民の安全要求はなにに基づくものであるのか、あるいは、なにゆえに近時の刑事立法において重要な地位をしめるに至ったのであろうか。

3. 安全要求の原因

安全要求の原因、そして安全欲求が刑事立法の活性化を急速にもたらすまでに強まった理由については、以下のように2つの可能性が考えられる。

(1) 社会の巨大化・複雑化

²¹ 小野正博「犯罪予防の法理のために」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂、2008年）131頁。

²² ハインツ・ヴォルフガング著・永田憲史訳「『重く厳しい刑罰=国内の治安の向上!』という式は誤りがないのか?:犯罪学的調査の観点からのドイツにおける刑法政策及び制裁賦科実務」ノモス20号（2007年）67頁。

²³ 金日秀「現代刑事政策の厳罰主義的基本傾向?」高麗法学56号（2010年）543頁、浜井浩一『実証的刑事政策論:真に有効な犯罪対策へ』（岩波書店、2011年）325頁。

第一の可能性として、現代社会が巨大化かつ複雑化することによって、個々人は自分自身の意思決定を主体的にコントロールし難くなってしまったと思われることが挙げられる。すなわち、安全要求がもたらされた原因の1つには、市民が質的に不十分な情報によって意思決定を行わざるを得ない状況に至ったことがあるのではないかとの指摘である²⁴。人は通常、情報の多くを情報媒体を通じて獲得するので、情報通信技術の急速な発展は我々に情報の入手を容易にしたが、この急速な発展は、同時に、獲得する情報量の増加をももたらし、膨大な情報の中であって市民が適切に情報を選別することを、困難にしたのである。

また、我々の知識は、複雑で広大な世界の一角にスポットライトをあてるようなものであって、つねに部分的で不完全なものでしかない。このような知識の不完全さに、情報通信技術を用いる際の容易性や匿名性が加わることで、情報源の多元化と一次資料へのアクセスの困難さが生じている。確かに、これらの難点は情報を取得する者が、適切な選別を心がけることにより回避可能なものではあるが、そのような適切な選別が日々流通していく情報の渦の中で多くの市民によってなされているとはいいがたい。一方で、社会構造が複雑化することで、特に環境犯罪やホワイトカラー犯罪、企業犯罪などにおいては、個々人の責任も分化し、一人当たりの責任負担が減少することとなり、そのような状況にあっては、いわゆる組織化された無責任が生じる。それゆえ、組織化された無責任の問題による責任帰属の困難性と損害の巨大化が課題として議論されている。このように、社会の巨大化・複雑化によって個々人は、逆に意思伝達の単純化を進めることになるため、マスメディアの不明確な情報に直ちに反応しやすい傾向がみられるものと思われる。

(2) マスメディアの役割

第二の可能性としては、マスメディアによる安全要求の促進である。マスメディアが犯罪の推移を正確に反映させずに、一部の事実だけを選択的に報道したり、一方で、不要と思われるまでに詳細な犯罪報道を行ったりすると²⁵、それに接する市民は、社会が不安定となっていることを当該報道から感じ取って不安に駆り立てられ²⁶、被害者の感情的な訴えと相まって、安全要求を示す世論を強く形成することは否定できない²⁷。また、このような世論は、犯罪者に対して味方か敵かという二分法的思考をたどることになり、そのような単純明快な結論を求めることで、政策決定にポピュリズムの影響が強まる傾向がさらに加速すると思われる。例えば、Ⅲ節で後述する韓国における近年の刑事立法の動向からは、このような傾向が強くみられる。

実は、「その要求の裏には、情報の見方を単純化して犯罪被害者に対するコンセンサスを形成したマスメディアの役割があった」と指摘されている²⁸。他方、マスメデ

²⁴ 浜井・前掲注3) 60頁。

²⁵ 松原・前掲注3) 67頁、浜井・前掲注23) 339頁。

²⁶ Douglas D. Perkins & Ralph B. Taylor, op. cit., p. 70.

²⁷ ヴィンフリード・ハッセマー著・堀内捷三監訳『刑罰はなぜ必要か:最終弁論』(中央大学出版部, 2012年) 61頁〔只木誠訳〕。

²⁸ 金成敦「責任刑法の危機と予防刑法の限界」刑事法研究22巻3号(2010年) 6頁。

メディアの役割には、現在の社会環境の中で、日常生活の多忙さに埋没する我々に代わって、特定のトピックを選び出し、分かりやすく単純化して伝える役割を果たしているともいえる²⁹。それゆえ、マスメディアの役割については様々な課題を残してはいるものの、現在の状況をできるだけ複合的にみようとすることは、必ずしもマスメディアだけに担わせるべき役割ではないと思われる。ここで問題とすべきは、そのようなマスメディアの姿勢ではなく、ただ、上記の指摘のように犯罪報道を通じてマスメディアが与える刑事立法に対する影響である。

4. 現状

近年の日韓両国における立法動向は、1990年代以降、刑事立法がそれ以前と比べてより活性化し、多様な領域で特別刑法が制定されていることに現れている。これらの近時の刑事立法の特徴として、処罰範囲の拡大と法定刑の引上げが挙げられる³⁰。

日本においては、安全要求に基づく法定刑の引上げについては、刑事政策的観点³¹、量刑規制的観点³²からすれば、多くの利点が認められるとする見解も少なくない一方、韓国においては、有期刑の上限引上げの検討が、1992年の韓国刑法改正試案や、「刑罰体系の合理的な再定立」が審議された2004年の司法改革委員会において行われた際に、ともに、重罰主義に陥りやすい、行刑の目的に沿わないなどの学界の批判を受けて、法定刑の引上げがなされなかったとの経緯があった。ただし、実務家側からは、日本の学界と同様に韓国においても、刑事政策的な観点、あるいは刑罰体系の合理化の観点から、法定刑を引き上げることによる有期刑と無期刑との格差を埋められるべきとの主張が支持された³³。また、日本の実務界においても、有期刑の上限が30年に引き上げられたことによる有期刑と無期刑との格差を埋められたことは支持されているようである³⁴。

しかしながら、従来の刑事立法は、学者及び実務家による専門的な議論に基づいて行われたのに対して、安全要求に基づいて法定刑引上げ及び法改正が議論される際には、日韓いずれにおいても、ポピュリズムの傾向が強い現代政治と組み合わさることによって、刑事立法に直接的に影響を及ぼし、関係省庁や与党との意見調整、審議会への諮問、公聴会での意見聴取などが十分に行われずに立法に至った経緯からすれば、刑事立法に関する意思形成のメカニズムに変化がみられると指摘されている³⁵。前述のように、安全要求が必ずしも犯罪に関する社会状況を適切に反映するものではなく、

²⁹ 高橋徹「誰がポピュリズムを作り出すのか：現代メディア政治考」白門65巻11号（2013年）37頁。

³⁰ 孫東權「量刑合理化のための基礎としての法律上の刑加減体系」刑事政策研究18巻3号（2007年）401頁、玄・前掲注3）2080頁。

³¹ 岩井・前掲注3）53頁。

³² 井田良「何が法定刑の引上げを正当化するか」刑法雑誌46巻1号（2006年）30頁。

³³ 韓寅燮編『刑法改正案と人権—法務部の刑法改正案に対する批判と最小の代案—』（景仁文化社、2011年）2頁。

³⁴ 杉田宗久「法定刑の改正動向について—裁判実務の立場から—」刑法雑誌46巻1号（2006年）112頁。

³⁵ 金成圭「刑事立法政策の重罰主義的観点に対する批判的理解」立法と政策3巻1号（2011年）10頁、松原・前掲注3）67頁。

社会の巨大化・複雑化，マスメディアの影響といった複数の要因によって形成されるものであるとすれば，この安全要求は，本来処理されるべきでない領域で作用している可能性がある。

では，市民の安全要求は，近時の刑事立法においてどのように結実することとなったのか。次節では，この点につき，韓国において近年行われた一連の刑事立法の動きをみる。

Ⅲ 刑事法の改正と量刑

1. 韓国における刑事立法の動向

前節では，現代社会において安全要求が生じている要因やそれが刑事立法において重視されるようになった経緯を確認してきた。本節では，より具体的に，上記の市民の安全要求がどのように法改正について影響を与えたのかを，韓国における刑事立法を参照することで確認する。近年の韓国における代表的な刑事立法及び法改正は，一般法の中では，刑法の一部を改正する法律，特別法の中では，性暴力犯罪の処罰などに関する特例法，保安処分的一种として導入された特定犯罪者に対する位置追跡電子装置装着などに関する法律，そして，性犯罪者の薬物治療に対する性暴力犯罪者の性衝動薬物治療に関する法律などが挙げられる。以下では，各々の内容を確認する。

(1) 刑法の一部を改正する法律

2010年に施行された本法律では，①有期懲役及び有期禁錮の上限が15年以下から30年以下に，刑を加重する際の上限が25年以下から50年以下に（韓国刑法第42条），②死刑に対する減軽が10年以上から20年以上50年以下に（同法第55条1項1号），③無期懲役及び無期禁錮に対する減軽が7年以上から10年以上50年以下に（同法第55条1項2号），④無期懲役の仮釈放要件が10年から20年に（同法第72条1項）各々引き上げられ，⑤強姦及び醜行（いわゆる強制わいせつ）など性暴力犯罪の常習犯に対する加重処罰規定が新設された（同法第305条の2）。さらに，2012年には性犯罪に限って親告罪条項と，捜査機関が捜査と公判を独自に進行できるが被害者が処罰を欲しなければ加害者を処罰し得ないとする反意思不罰罪条項（同法第306条）が廃止され，被害者の告訴がなくとも捜査機関が性暴力犯罪者に対して公訴を提起することができるようになった。また，性犯罪に関する改正として，性器の代わりに口腔・肛門などを利用する性犯罪を規定した類似強姦罪（同法第297条の2）が新設された。

(2) 性暴力犯罪の処罰等に関する特例法

本法は，2013年に施行されたが，ここでは，①親族による強姦，強制わいせつなどの犯罪の処罰対象となる親族の範囲が従来の四親等以内の血族及び二親等以内の姻族から四親等以内の親族にまで拡大され，刑法典では強姦（韓国刑法第297条）が3年以上の有期懲役，強制わいせつ（同法第298条）が10年以下の有期懲役あるいは1千500万ウォン以下の罰金に科せられると規定されているのに対して，本法では強姦が7年以上の有期懲役，強制わいせつが5年以上の有期懲役（性暴力犯罪の処罰等に関する特例法第5条1項，2項及び4項）とされた。さらに，②13才未満の未成年者に対する強

姦が無期懲役あるいは10年以上の有期懲役，類似強姦罪が7年以上の有期懲役，強制わいせつ罪が5年以上の有期懲役あるいは3千万ウォン以上5千万ウォン以下の罰金で処罰され（同法第7条），③飲酒または薬物による心神耗弱の状態で性暴力を犯した者に対しては，刑を減輕する刑法第10条2号の規定が適用されない（同法第19条）こととなった。同法は手続法に関しても規定しており，④未成年者に対する性暴力犯罪の公訴時効は，性暴力犯罪で被害にあった未成年者が成年に達した日から進行する（同法第20条1項），⑤捜査技法の発達により犯罪発生から相当な期間を経過しても犯罪捜査が可能となったことを受けて，DNA証拠など立証を可能にする証拠が確実に存在する性暴力犯罪の場合には，公訴時効を通常よりも10年間延長する（同法第20条2項），⑥検察官と司法警察員は被疑者が性暴力を犯したと信じるに足る十分な証拠があり，かつ，もっぱら公共の利益のために必要な際には，顔写真など被疑者の個人情報公開できる（同法第23条）こととされた。これら以外の本法の特徴的な点に，性犯罪者の情報公開に関する規定がある。すなわち，⑦現在の性犯罪者個人情報のインターネット公開制度は児童及び青少年の性保護に関する法律によって児童及び青少年対象の性犯罪者のみを公開対象にしているが，成人を対象とした性犯罪者も再犯率が高いだけでなく児童を対象にした性犯罪もまた犯す可能性が高いことから，成人を対象とした性犯罪者の個人情報をインターネットに登録及び公開して，その情報を19歳未満の子がいる隣近住民に告知することができる（同法第2条ないし第42条）としたのである。

（3）特定犯罪者に対する位置追跡電子装置装着等に関する法律

ここにいう「特定犯罪」とは，性暴力犯罪，未成年者に対する略取・誘拐罪，殺人犯罪をいう。本法律は，これらの犯罪を行った者について，刑期満了あるいは仮釈放中にも位置特定を可能とする電子装置を装着する旨を規定する。具体的には，①性暴力犯罪を行った者に対する位置追跡電子装置の装着を請求する際の要件を，犯罪回数の要件を2回以上から1回にして，刑期合計の要件を削除するなどして緩和し（特定犯罪者に対する位置追跡電子装置装着等に関する法律第5条1項），②位置追跡電子装置装着期間の上限を10年から法定刑に応じて最長30年までに引き上げて，装着期間の下限を法定刑に応じて1年以上などにし，特に13歳未満の児童に対する犯罪者の場合には装着期間の下限を2倍にし（同法第9条1項），③性暴力を犯したが2008年9月1日以前に第1審判決が言い渡された場合など現行法では位置追跡電子装置を装着し得ない場合にも，この法施行当時，刑執行中及び刑の終了した者を含め，刑の確定した時から3年以内の性暴力犯罪者には位置追跡電子装置を装着することができるとしてその要件と手続きなどを整えた（付則第2条新設）。さらに，2012年改正によって2014年から電子装置装着対象に強盗罪が追加されることになり，その要件として，①強盗罪で実刑判決を受けて，その刑を終えた後10年以内に再び強盗罪を犯した場合，②2回以上にわたり常習的に強盗をした場合，③強盗罪で位置追跡電子装置を装着する処分を受けた者が，装着期間を終えた後再度罪を犯した場合のいずれかを満たすこととし

た³⁶。さらに、2014年6月16日の韓国土務部における報道資料によれば、電子装置を装着している対象者は総計1,885人であり、この内訳は、性暴力犯が1,561人、殺人犯が321人、未成年者に対する略取・誘拐犯が3人となっている。電子監視制度の施行から5年間の性暴力事犯の再犯率は1.5%であり、これまで再犯率が14.1%であったことと比べると、約1/9にまで大幅に減少したことを示している。特に、殺人罪の再犯率は、施行前が10.3%であったのに対して、施行から現在（2014年6月）にいたるまで0%であり、画期的な抑制効果をみせているとされている。

(4) 性暴力犯罪者の性衝動薬物治療に関する法律

2011年制定された本法律によれば、16歳未満の者に対して性暴力を犯した者であって、性倒錯症患者として性暴力を再び犯す危険性があると認められる19歳以上の者については、精神科医の診断や鑑定を受けた後、検察官が裁判所に薬物治療命令を請求することができ（性暴力犯罪者の性衝動薬物治療に関する法律第4条）、この請求を受けて裁判所は、15年の範囲で治療期間を決めて判決により薬物治療命令を宣告して、薬物治療命令を宣告された者に対して治療期間のあいだに保護観察を賦課できる（同法第8条）とされている³⁷。なお、2012年の改正によって「16歳未満の者に対する性犯罪」にのみ適用されていた性欲を抑制する薬物治療は被害者の年齢を問わず、適用可能となった。

2. 法定刑の引上げと量刑

(1) 法改正の必要性

上述した一連の刑事立法・法改正が行われた背景にあったものは何か。刑事立法の活性化については、日本においても、2001年の道路交通法の改正による罰則の引上げ、2001年の危険運転致傷罪の新設、特に2004年の法定刑引上げなどがその例として挙げられるが、そのような刑事立法の活性化の背景において、その立法・改正過程における議論をいまいちど参照することは、安全要求が刑事立法にどのように影響を及ぼしているのかを確認する上でも重要であると思われる。

その際に、本節では特に、先に挙げた韓国での法改正のうち「刑法を一部改正する法律」に焦点をあてることとする。というのも、本法律では従前の法定刑について的大幅な引上げが行われているところ、これは日本においてみられなかった状況であって、比較法研究としても好個の素材と思われるからである。加えて、法定刑が量刑判断の外枠を示すものであり、法定刑引上げによって、その外枠の幅が広くなればなるほど、量刑判断の過程において、当該法律内の罪刑の均衡や、他の犯罪の法定刑との均衡が困難となるが、これらの問題が改正に関する議論の中でどのように扱われたかを参照する必要性は高いといえよう。

³⁶ 京郷新聞デジタル版「強盗犯も、位置追跡電子装置を装着する…19日から施行」http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201406161547561&code=940301（2014年6月16日確認）。

³⁷ 姜暲來「韓国における性犯罪者に対する化学的去勢：性暴力犯罪者の性衝動薬物治療に関する法律の概観」比較法雑誌46巻2号（2012年）84頁。

法定刑の引上げについては、これまでもその上限を引き上げるとの意見がなかったわけではないが、特に2010年に韓国国会で法定刑が引き上げられたのは、児童性暴力犯に対する社会的非難が高まった状況にあって、被害者の家族及び世論の処罰欲求を反映させる必要があるとの見方が強まったことに、理由の一端が認められる。2010年の法改正の理由としては、日本における平成16年の刑法改正と同様に³⁸、「体感治安の悪化」に対処する必要性や「国民の刑罰に関する正義観念」にあわせることなどが挙げられている。具体的には、①国内の治安水準ないし「体感治安」が悪化しており、その大きな要因の1つに、人の生命・身体等に重大な危害を及ぼす凶悪犯罪の増加傾向が続いていること、②凶悪犯罪に適切に対処することにより、治安回復のための基盤を整備するという喫緊の社会的要請に応えること、③国民の平均寿命が延びたことが刑期を相対的に短く感じさせていること、④殺人罪や強姦罪等においては被侵害法益の重さを適切に反映させる必要があること、⑤仮釈放の積極的活用を前提に、仮釈放期間を長くして再犯率を下げること、⑥韓国は、事実上死刑廃止国として位置づけられているため、有期刑の上限（15年）に関して無期刑との格差を埋める必要があることが挙げられている³⁹。

（2）法定刑引上げの過程

そもそも法定刑の引上げとは、刑法理論上どのような場合に許容されるものとして捉えられるのか。適切な法定刑の設定は、罪刑法定主義の要請に応えるものであると同時に、具体的には、刑罰を適用する際に量刑基準の外枠を提示し、刑の執行において考慮される特別予防を規制するものと理解される。そのような法定刑の意義ないし機能に照らしてみれば、引上げの必要性は、①従来の量刑及び法定刑が罪質に比べて相当とはいえないと判断される場合、または、②従来の量刑及び法定刑による犯罪予防の効果が十分に期待され得ない場合に生じ得よう。ただし、韓国においては、法定刑引上げの必要性と量刑との関係に関する適切な調査及び検討がいまだに十分とはいえず、また、量刑への影響に対する考察が及ばないままに、政策的考慮によって特別刑法が比較的頻繁に改正されたことから、この点に限っては、先行研究として日本の議論を参照することが求められる。そこでは法定刑の引上げに2つの形式が考えられる⁴⁰。

第一に、現在の科刑状況が社会の変化などによって法定刑の上限に限りなく近づき、現行の法定刑では適切な量刑が不可能となった場合に、立法により現実の科刑状況に合わせて法定刑を変えるという形式である。そこでは、量刑をめぐる状況の変化がまず裁判官を通じて量刑実務に反映させられ、その量刑実務が立法によって肯定されることになる。例えば、平成3年法律31号による罰金額の一律引上げが、この形式に属するといえよう。

第二に、量刑実務上は従来の法定刑の枠内で適切に量刑判断を行ってきたが、例えば、ある特定の犯罪類型が頻発したために、その状況に対応するために、まず立法に

³⁸ 塩見淳「法改正の概要とその意義」刑法雑誌46巻1号（2006年）65頁。

³⁹ 韓寅燮編・前掲注33）2頁。

⁴⁰ 杉田・前掲注34）113頁，城下・前掲注3）8頁。

よって法定刑の上限ないし下限が引き上げられ、それにより、量刑実務、いわゆる量刑相場が変化する形式である。立法と司法は、量刑に関して分業的協同作業の関係にあるとされるが⁴¹、この場合には、立法による価値判断が量刑実務の変化を誘引することになる⁴²。

日韓両国の刑事法改正に伴う法定刑の引上げが、凶悪犯罪に対する公憤とともに従来の量刑に対する不満を反映させた立法措置であるとすれば、日本においては、危険運転致傷罪の創設などが、韓国においては、2009年に当時8歳の女兒を強姦傷害した、いわゆるチョ・ドゥスン事件⁴³による法定刑引上げなどがこの第二の形式にあたるものであろう。

(3) 法定刑引上げの意味

上述のいずれかの形式を通じて法定刑の改正が行われるが、特に、刑事立法に際しては当該法の客観的な意味を明らかにし、その妥当なあり方を追求することが強く求められる⁴⁴。犯罪に見合った刑罰といえるためには、実務上もこれを可能とする法定刑が必要であるからである⁴⁵。さらに、法定刑と量刑との関係について法定刑引上げの必要性を検討するための1つの資料として、現実の裁判において宣告されている刑の分布状況、科刑状況を示す統計データが用いられることも少なくないが、データをどのように読み取るのかは、決して一義的に定まるものではないため、慎重な分析が求められる。この点につき、日本の最高裁判所は、法定刑を定める際の考慮事項につき、「刑罰規定は、保護法益の性質、行為の態様・結果、刑罰を必要とする理由、刑罰を法定することによりもたらされる積極的・消極的な効果・影響などの諸々の要因を考慮しつつ、国民の法意識の反映として、国民の代表機関である国会により、歴史的、現実的な社会的基盤に立って具体的に決定されるものであり、その法定刑は、違反行為が帯びる違法性の大小を考慮して定められるべきものである」と判示している⁴⁶。

また、韓国においては、近年、韓国刑事政策学会で、刑法改正案に関する学界の意見を集約することを目的とする「刑法改正研究会」が組織され、法定刑上限の引上げに関して、有期懲役の上限を現行の15年から20年に延ばす是非も議論の対象とされていた⁴⁷。それによれば、この有期懲役の上限の引上げを肯定する論拠は、①有期懲役と無期懲役との間隔を狭め、②裁判官が量刑裁量及び量刑の具体的妥当性を保つことができるようにすべきとの主張にある。換言すれば、現在のところ、懲役刑の判断に

⁴¹ 城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、1995年）11頁。

⁴² 原田國男「法定刑の変更と量刑について」刑法雑誌46巻1号（2006年）33頁。

⁴³ 韓国大法院2009.9.24.2009도7948, 2009전도24（併合）判決。

⁴⁴ 現行日本刑法制定の沿革については（村越一浩「法定刑・法改正と量刑（量刑に関する諸問題（3））」判例タイムズ56巻27号（2005）27頁以下）がある。

⁴⁵ 安田拓人「法定刑の改正動向について—犯罪論の立場から—」刑法雑誌46巻1号（2006年）87頁。

⁴⁶ 最判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。同旨の韓国の判例として、憲法裁判所全員裁判部1992.4.28.90憲마24決定。

⁴⁷ 韓国刑事政策研究院刑法改正研究会『刑事法改正研究Ⅳ，刑法総則改正案：罪数・刑罰分野』（韓国刑事政策研究院，2009年）22頁。

際しては、いわゆる「張り付き現象」が生じてはないが、量刑の客観的合理性をさらに高めるためには量刑判断における選択肢の増加が必要であるとする、いわゆる「突っつき現象」の要請に応じるために、法定刑の引上げが必要であるということである⁴⁸。ただし、この見解は、有期刑を長くする代わりに、累犯と常習犯における加重処罰規定を見直すことを前提として主張された点に注意を払う必要がある。

このように参考に値する学界の検討があるにもかかわらず、上記の立法及び改正が行われた際にこれらの議論が参照されていないことからすれば、たとえ法改正が市民のコンセンサスを得ていたといえるとしても、十分な議論がなされたとはいいがたい。市民が凶悪犯罪に対する刑罰が軽いと評価するのは、実際にそのような量刑実務を意識しているからではなく、例えば日韓両国で、「道徳が地に落ちた」という表現がしばしば用いられていることが表しているように、「社会規範の統合力」が低下したことに関する意識に影響されているからである⁴⁹。事実、2010年の韓国国会においては、学界や韓国法務部での議論がいまだ収束していなかったにもかかわらず、刑法改正案が可決されるに至ったのである。

以上、比較法的観点から、近年の韓国における法定刑の引上げを中心に立法・法改正に関する状況を参照し、また、法定刑が引き上げられた過程について言及することで、安全要求が刑事立法を通じてどのように実現されたのかを確認した。では、このような刑事立法は、はたして正当化されるものであるのか。以下では、市民の安全要求と刑事立法との適切な関係性、さらには刑事立法と民主主義との関係についても検討していく。

IV 刑事立法における課題

1 刑事立法の役割

近年の刑事立法では、社会秩序維持のために、これまで以上に刑罰を積極的に用いようとする姿勢がみられる。さらに、こうした状況は、国家の機能に対する理解の仕方にも影響を与えているように思われる。例えば、市民が安全を求めるということは、国家による保護を求めることに他ならないが、そのような刑事立法は、国家権力による私生活への介入に対する不信感が相当に減少し、数多くの市民が、今まで求めてきた「自由」の代わりに「安全」を国家に要求していることの証左といえる。しかしながら、犯罪に対する不安だけを重要視し、他の可能性に目を向けないならば、また、それを解消するためにもっぱら刑事立法が用いられるならば、確かに、一時的には犯罪からの安全を享受し得るが、その裏にある社会的価値に対する不安が相変らず潜在している限り、犯罪に対する不安は再び表れるはずであり、安全要求が満たされることなく、さらなる刑事立法につながるという循環に陥ってしまう危険性がある。すなわち、「犯罪発生→社会的不安・非難→規範の強化→重罰化→再社会化の萎縮→犯罪発生」ということになりかねないだろう。

このような循環の例として、アメリカの重罰化が挙げられる。アメリカは、いわゆ

⁴⁸ いわゆる「張り付き現象」と「突っつき現象」と呼ばれることについては、杉田・前掲注34) 113頁に説明されている。

⁴⁹ 金成圭・前掲注35) 15頁。

る三振アウト法を中心とする重罰化の副作用によって、刑務所や少年院などに収監されている人口が激増していることが主な社会問題として取り上げられている⁵⁰。さらに、各州政府では、受刑者の激増により州の財政に相当な負担が加わるようになり⁵¹、このような財政問題を解決するために貧困層に対する福祉予算を削減するという現象をもたらされているのである⁵²。さらに、カリフォルニア州における三振アウト法がどのような影響を及ぼしたのかについての研究によれば、刑罰 (public punitiveness) が犯罪に対する危険と不安について密接な関連があるとの同法を基礎とする見方に対して、そもそも抑止力について同法を制定させるほどに幅広く支持された理由が不明確であると指摘される⁵³。同研究によれば、犯罪に対する危険と不安は、確かに市民の法制度に対する考え方に影響を与えるものの、それが直ちに刑罰を基礎づける理由にはならず、むしろ、刑罰の欲求は、人々が、社会における道徳や規範による統合力が低下していると評価していることに基づくものであるという。この指摘に鑑みると、法定刑引上げそれ自体も、いわゆる「道徳的な拘束力」を強めようとする意識の結果であると思われる。

2. 刑罰論に基づく考察

(1) 刑事立法の意義—保護法益

道徳的な拘束力を強めようとする意識が、近年の日韓両国での刑事立法の動向の背景にあるとすれば、それは市民による法益保護の要請が強まっていることの表れと表現することもできよう。そのように高い法益保護の要請が市民からなされているとすれば、近時の刑事立法の活性化も、支持されると考えられる。ただし、法益保護とは、個人の人権と市民権を保障する安全で自由な社会生活にとって、または、その安全で自由な社会生活を保障するために設立された国家制度にとって、必要な目的設定にほかならないから⁵⁴、ここで重要な問題となるのは、刑罰によって「社会生活上の利益」をどのようにして守るかであり⁵⁵、この点を考察せずに、抽象的に法益保護の要請が

⁵⁰ アンジェラ・デイヴィス著・上杉忍訳『監獄ビジネス:グローバリズムと産獄複合体』(岩波書店、2008年) 98頁。

⁵¹ Loren L. Barr, “Three Strikes Dilemma: Crime Reduction at Any Price?”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 36, 1995-1996, p. 149, 2009年8月5日付のニューヨーク・タイムズ紙参照 (<http://www.nytimes.com/2009/08/05/us/05calif.html> 2013年8月4日確認)。

⁵² 田中研之輔「新自由主義国家米国の刑罰化」法政大学キャリアデザイン学部紀要7号(2010年) 59頁。

⁵³ Tom R. Tyler & Robert J. Boeckmann, “Three Strike and You Are Out but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers”, *Law and Society Review*, Vol. 31, No. 2, 1997, p. 237.

⁵⁴ Claus Roxin, *Strafrecht AT. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., 2006, S. 16, クラウス・ロクシン著・平野龍一監修『ロクシン刑法総論第1巻[基礎・犯罪論の構造][第3版] 翻訳第1分冊』(信山社、2003年) 20頁, 松原芳博「外国文献紹介 クラウス・ロクシン『刑法の任務としての法益保護』」早稲田法学82巻3号(2007年) 258頁。

⁵⁵ 今井猛嘉「刑法の解釈と立法(特集 テイクオフ 刑法—新刑法入門)」法学教室274号(2003年) 43頁。

高まっていることを理由に、刑事立法を促進することは、批判されるべきである。すなわち、刑事立法及び改正は、つねに具体的な法益保護に向けられていなければならないのである。

上述のように、犯罪からの安全が国家によって保障されているとの信頼が刑罰の威嚇を通じて保護されるべきものとして理解されているのであれば、近時の刑事立法及び法定刑の引上げには、「社会規範の強化」という抽象的な法益が想定されているといわざるを得ない。とすれば、このような安全保障が、なぜもっぱら刑罰を通じて行われるべきかについては議論の余地があり、それゆえ、刑罰の有する「抑止力」についての検討が必要となる。

(2) 抑止刑論

刑罰の威嚇によって犯罪からの安全を確保するとの考えは、刑罰論においては抑止刑論に合致するものである。その際、抑止刑論は、規範確証という心理的事実にその基礎をおいているため、既存の規範意識を前提とする⁵⁶。ここでの刑罰とは、価値中立的な制裁ではなく、行為者に対する社会倫理的な非難を含んだものであって、規範の妥当性を否定する行動あるいは態度を逆に否定することによって、規範の妥当性と安定性を維持することに刑罰賦課の意味が見出される⁵⁷。すなわち、社会の安定は刑罰により確証されるというのであるが、これに対しては、規範意識の再確認ないし強化が実際に犯罪予防に寄与するのか、そしてどの程度寄与するのかが十分に検証される必要がある⁵⁸、また、「規範が守られている状態それ自体が重要と考えるために、逆に、規範違反はこれを全て常に処罰すべきであるという立場につながるのではないか、そもそも、国民が特定の理由から刑罰の正当性を表明しても、それによって刑罰が正当化されるというものではない」との指摘もなされている⁵⁹。

このような指摘を踏まえれば、刑罰が追い求める目標とその方法の妥当性を分析する必要がある。刑罰は、その目的が明確であるほど、そして、具体的であればあるほど、犯罪者に対する単なる害悪に留まることなく、それによって保護・追求される目的が具体的に我々に認識されることとなるのであるから、この点が不明確な刑罰は許容されない。例えば、犯罪防止の効果があれば、どのような刑罰でも正当化されるわけではなく、犯罪の軽重に応じた刑罰だけが抑止力として認められ、正当化されるという「均衡の原則」が要求されているから⁶⁰、その原則に適う限りでのみ、規範確証のための刑罰の威嚇も正当化される。そもそも、刑罰とは、道徳と区別された強制力をもつもので、また、刑罰の目的は組織された社会の規範に個人を従わせることであ

⁵⁶ 平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣、1972年）22頁。

⁵⁷ Neil Vidmar & Dale T. Miller, “Socialpsychological Processes Underlying Attitudes toward Legal Punishment”, *Law & Society Review*, Vol.14, No.3, 1980, p. 565.

⁵⁸ 葛野尋之「経験科学と刑事立法—「市民の期待」への応答をめぐって—」立命館法學2000年5号（2000年）1833頁。

⁵⁹ 只木誠「刑罰論の現状—比較法的研究—」『The 60th anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan』（中央大学出版部、2011年）674頁。

⁶⁰ 平野・前掲注56）22頁。

るから、刑罰が一定の規範確証のための価値をもった有意義なものである限り、その賦課は正当化される⁶¹。

また、刑罰のもつ抑止力については、実際にどの程度の抑止力が及んでいるのかにつき、経験科学的根拠が不十分であることが指摘されている。ただし、この不十分さは、犯罪者の再社会化を重視することによって、理念的、かつ、実証的に補うことが可能である。もちろん、犯罪者の再社会化という観点が、データに基づく科学的推論に完全に代替されるわけではないものの、①犯罪者の社会復帰に対して、少なくとも矯正施設が重要な役割を果たしており、また、②社会は犯罪によって損傷を受けた規範意識を回復させる必要があるが、これは犯罪者に対する刑罰賦課だけでは不十分であって、犯罪者の資質と環境に応じた改善、すなわち再社会化が不可欠であり、社会にはその責務が課されているからである。

それゆえ、抑止刑論が、犯罪から社会を防衛・保全しようとする点に刑罰の目的を第一義的においたとしても、ここにいう社会の防衛は、刑罰を適切に科すこと以外に、犯罪者を改善・教育し、再社会化することによって達成されると考えられるのである⁶²。例えば、日本においては2007年の刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律の制定によって、韓国においては2007年の刑の執行及び受刑者の処遇に関する法律の全面改正によって、再社会化は、刑罰の保護法益保護機能ないし行刑の機能を基礎づける1つの要素として理解されている。これらの法律に鑑みても、市民の安全要求は、実際には、犯罪者に対する処罰だけでなく、再社会化による規範意識の回復をも求めているものと捉えられなければならない⁶³。

それゆえ、近年の法定刑の引上げの結果、韓国において有期懲役が最長で50年とされたことを例にした場合、韓国においては、それほどまでに長い期間での改善・更生教育プログラムはこれまで想定されておらず、そのような長期間の収容は、むしろ犯罪者の社会復帰を⁶⁴、それゆえに刑罰の抑止力を事実上否定することにもなりかねない⁶⁵。加えて、刑罰が犯罪よりも重く設定されていると評価される場合には、犯罪者は、そのような不合理な刑罰を免れるために、さらなる犯罪に走るという悪循環に陥

⁶¹ 平野・前掲注56) 23頁。

⁶² 平野・前掲注56) 25頁。

⁶³ ドイツ判例によれば、「再社会化は、社会自体にとってもその保護に役立ち、受刑者が再犯を犯さず (rückfällig)、新たに市民や社会への侵害を惹き起こさない、という点で、社会に対する直接的利益を有する」とされる (BVerfGE35, 202. いわゆるLebach判決。この判例については、石塚伸一「刑罰の再社会化機能—日本の新行刑法典—」『刑罰論と刑罰正義=Straftheorie und Strafgerechtigkeit:日本—ドイツ刑事法に関する対話』(成文堂, 2012年) 185頁)。

⁶⁴ 再社会化を目指すためには、犯罪行為と両立しない合法的行為を強化する措置が採られねばならないから、刑罰を科すことと同時に、刑罰の副次的効果を減少せしめる手段が必要であり、それが合法的行為の強化形成なのである。すなわち、犯罪者の再社会化処遇を意味するが、このような再社会化は単なる安保指向的拘禁行刑では実現できない (吉田敏雄『行刑の理論』慶應通信 (1987年) 197頁)。

⁶⁵ 南アフリカ共和国においても同様な指摘がみられる (Lukas Muntingh, "Punishment and deterrence: Don't expect prisons to reduce crime", *SA Crime Quarterly*, No. 26, 2008, p. 3)。

る危険性も生じる⁶⁶。

3. 日韓両国における課題

以上、刑事立法と安全要求との関係性について、刑事立法のあるべき姿を模索することから検討することで、市民の安全要求の内実を明確にしないままで刑事立法を行うことの危険性が明らかとなった。しかしながら、ここでの安全要求が市民からの要求であることに鑑みれば、確かに、日韓両国における法定刑の引上げに市民の安全要求が直接的に影響しているとの現状は、合理的な民主化の進展として捉えることも依然として可能であろう⁶⁷。あるいは、この現象は、市民感情に支配されているという否定的な意味でのポピュリズムの出現によるものと捉えられるべきなのか。この問いについては、法定刑の引上げそのものはもちろん、刑事立法の契機となった世論や、マスメディアによる報道、犯罪被害者の保護などによる立法政策や裁判所の変化が、社会全体の中でどのような意味や役割を担っているかを検討する必要があるが、この点についてはすでに言及した（第Ⅱ節）。それによれば、安全要求の内実、及び刑事立法に関する意思形成のメカニズムが変化したことが確認されたのである。ここでは、特に立法の基礎となる政治における意思決定と市民の要望との関係性が検討されるべきである。

日韓両国の政治形態は市民の意見が政治を主導することが前提とされている。そもそも、いわゆる刑罰のポピュリズムとは、「法と秩序」の強化を求める市民グループ、あるいは犯罪被害者の権利を主張する活動家やマスメディアが一般市民の代弁者となり、政府の刑事政策に強い影響力をもつようになる一方で、専門家の意見が尊重されなくなる現象を指すが⁶⁸、これに基づく刑事立法も、ある意味で民意を反映したものといえ、民主主義社会の中では、それ自体、正当性が認められないわけではない。例えば、「ポピュリズムは犯罪統制の領域においても、その政策形成に民主的な回路を開くものとして評価できる」として、ポピュリズムを民主化の象徴として肯定的に捉える見解⁶⁹も少なくない。

日韓両国において、飲酒運転致死傷罪や強姦罪など、他の先進国に比べ、いままで量刑が軽かったといわれる罪について法定刑を引き上げたことは、韓国において、夫婦間の強姦について、従来判例を変更して強姦罪を認める判決⁷⁰が言い渡された事案にも鑑みると、被害者や世論を犯罪抑止に組み込んだものとみることも可能である

⁶⁶ チェーザレ・ベッカリーア著・小谷眞男訳『犯罪と刑罰』東京大学出版会（2011年）86頁、ベッカー・ゲーリ著・増田辰良訳「犯罪と刑罰：経済学的アプローチ」北海学園大学法学研究41巻3号（2005年）606頁、橋良彰・渡辺和美『新犯罪社会心理学〔第2版〕』（学文社、2004年）62頁。

⁶⁷ 伊藤・前掲注3）77頁。

⁶⁸ 日本犯罪社会学会編『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』（現代人文社、2009年）92頁。

⁶⁹ Mick Ryan, “Engaging with punitive attitudes towards crime and punishment: Some strategic lessons from England and Wales”, in John Pratt, David Brown, Mark Brown, Simon Hallsworth, Wayne Morrison, eds., *The New Punitiveness: Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willan, 2005, p.144, 伊藤・前掲注3）77頁。

⁷⁰ 韓国大法院全員合議体2013. 5. 16. 2012도14788判決。

から、このような場合については、重罰化ではなく、刑罰の適正化という表現が適切といえよう。

一方、日本においても、過去10年間にわたって法定刑が引き上げられるようになったのは、その原因に市民の正義観念や規範意識の変化があったのではないかとの指摘がみられ、事実、各改正法の主な立法動機を参照する限りでも、市民感覚の変化が改正の大きな要因となっていたようである⁷¹。確かに、そこで改正理由に挙げられた市民の規範意識の変化は、各種世論調査の結果に基づいたものである。しかしながら、市民の規範意識の定義の仕方はさておき、すでに確認したように（第Ⅱ節）、少なくともその基礎となり得る体感治安については、種々の原因をもつものであって、必ずしも適切な社会状況を反映させるものではなかった。この点に関して、韓国についてみると、性暴力犯罪に限られるとはいえ、刑の満期終了後にも保護観察（例えば、位置追跡電子装置装着及び性衝動薬物治療等）が行われるようになったこと、あるいは法定刑が2倍に引き上げられたという状況は、日本とは異なる。そのような点を比較してみると、いかに体感治安が悪化し安全要求が高まったとはいえ、法定刑を50年まで引き上げたことは、罪刑均衡の原則ないし過剰侵害禁止の原則に照らして問題があると思われ⁷²、法定刑引上げの幅が大きすぎたのではないかとの疑問が残る⁷³。この韓国の法定刑引上げについては、犯罪情勢に対する市民の不安を政治的に利用した刑事立法であるとの評価がなされ、市民の安全要求を重視するあまり、ポピュリズムが刑事立法に悪影響を与えてしまったとの見解もある⁷⁴。この分析に照らしてみても、近年の韓国における法定刑の引上げと法改正には、そもそも、そこで目的とされていた市民の安全保障に効果が十分に見込まれないもののように思われる。

また、もっぱら刑事立法を手段として犯罪発生の原因に対処することには限界があり、かりに処罰範囲⁷⁵の拡大や重罰化が潜在的犯罪を抑止し得るとしても、その効果

⁷¹ 只木・前掲注3) 96頁。

⁷² 韓国憲法裁判所2003. 11. 27. 2002憲判24決定は「法定刑の種類や範囲を定める場合は、憲法第37条第2項が規定している過剰立法禁止の原則に照らして、刑罰個別化が適用できる範囲内で法定刑を定めて、実質的な法治国家の原理を図らなければならず、刑罰が罪と責任に応じるように適切な比例性を守るべきであるため、その立法趣旨からみて重罰主義を考慮する必要性が認められる場合でも、犯罪の実態と罪の軽重、これに対する行為者の責任、処罰規定の保護法益及び刑罰の犯罪予防効果などに照らして、刑罰体系上、あまりにも過酷なものであり、そのような類型の犯罪に対する刑罰本来の機能と目的を果たすことにおいて、必要な程度を著しく逸脱することにより、立法の裁量が憲法や憲法上の諸原理に反して恣意的に行われたものと評価される場合には、このような法定刑を定めた法律の条項は憲法に反すると考えるべきである」と判示した。

⁷³ 刑罰の確実性の認知、すなわち、刑罰が犯罪との均衡を保っており、かつ、例外のない処罰を実現している状況の認知には、犯罪抑止効果が認められている（津富宏「厳罰化の時代に」国際関係・比較文化研究1巻1号（2002年）18頁、谷岡一郎「刑罰の『確実性』と『公平性』こそが犯罪予防につながる—昨今の厳罰化論議に欠けているもの—」罪と罰41巻4号（2004年）8頁）、吉岡一男「量刑における積極的一般予防論」現代刑事法3巻1号（2001年）49頁。

⁷⁴ 李仁碩ほか「改正刑法上有期懲役の上限調整に関する考察」刑事法研究22巻3号（2010年）53頁。

⁷⁵ Erik Luna, “The Overcriminalization Phenomenon”, *American University Law Review*, Vol. 54, No. 3, 2005, p. 703.

は当座しのぎにとどまるものであろう⁷⁶。

結局、近年の刑事立法においては、「安全要求」という言葉が市民の多様な要求を容易に表現できるものであったために、この概念が多用され、その結果、安全要求の本来含意する事態を希薄・単純化してしまい、この要求に即した刑事立法の必要性について、市民及びその代表である議会が、この要求以上の根拠に関する思考を停止してしまったとの事情がみられるのではないか、これは近年の刑事立法が批判され得る1つの理由であるとも捉えられ得る。

このように外観上は正当化されるように思われるが、実質的には適切な根拠の伴わないように見える立法を回避するためにも、立法者には、刑事立法によって犯罪に対抗しているとの印象を市民に与えることに専心するのではなく、犯罪を生む要因を正確に把握して、その要因を持続的に管理することに関心をもつことが求められるのである⁷⁷。

V 結

以上、日韓の法定刑引上げと刑事立法に関して、両国の社会状況や法状況を比較考察することで、今後の刑事立法の方向性について検討してきた。その結果、日韓両国の法定刑の引上げ及び法改正においては市民の安全要求が重要視されていたが、市民の安全要求が高まる背景には、様々な要因が存在するため、直ちに犯罪への不安に対する安全要求として受けとめることは、妥当な理解ではないことを明らかにした。さらに、そのような安全要求に基づいた、近年の韓国における法定刑引上げについても、社会規範意識の強化を基礎とする抑止刑論に鑑みると、そのような長期間の収容は、むしろ犯罪者の社会復帰や刑罰の抑止力を事実上否定することになり得るといった問題が多いものであることから、法定刑の引上げと量刑との関係を含めて安全要求に対する刑事立法のあり方の問題点が明らかとなった。

社会において犯罪がなくなると同様に、犯罪に対する不安も決してなくなるものではない。また、このような犯罪に対する不安が社会的な構造の欠陥からも生じているとすれば、これは刑事立法のみによっては埋められず、犯罪に対する不安を減らすためには、種々の不安の要因を慎重に分析し、その解決の方法を模索すべきである。また、法定刑引上げの是非に関する議論の場では、その必要性に応じて科刑状況を表す統計データが用いられるのに対して、いったん法定刑の引上げが行われた後では、その後の情勢の変化に関する調査が不足しがちである。法定刑の引上げについては、引上げが必要か否かという事前の検討のみならず、事後的な検証も必要であり、量刑実務の推移についても引き続き注意すべきである。なお、本章での検討は、刑事立法としての法定刑に関するものに限られ、実際の裁判実務による法定刑引上げに対

⁷⁶ Chris Giffard & Lukas Muntingh, “The effect of sentencing on the size of the South African prison population”, *Report commissioned by the Open Society Foundation for South Africa*, Cape Town, Civil Society Prison Reform Initiative, 2006, p. 26.

⁷⁷ 松生建「法定刑の引上げとヘーゲルの刑罰論（特集刑罰思想の現在と課題-法定刑引上げの意味するもの）」法律時報78巻3号（2006年）42頁。

する立法の影響については十分には行うことができなかった。特に量刑実務に関して具体的事案の分析・検討が必要であるから、次章から引き続き検討を加える。

第二章 量刑の意義と量刑判断の不統一に関する検討 —韓国 の 現状 と 議論 を 中心 に—

- I 序
- II 量刑の概念
- III 刑の量定の過程
- IV 量刑判断の不統一
- V 結

I 序¹

刑事法の目的が法益保護にある限り²、法秩序の維持のためには、違法行為に対する処罰が行われるべきであって、法秩序の維持のために処罰は必要不可欠である。そのような違法行為について処罰に値する量を定めるのが量刑である。その際、重要なことは、処罰に値する量をどのような基準で定めるかである。軽い処罰は法秩序の違反行為を増加させ、過度な処罰は無害な行為を過度に萎縮させるから、違法な行為に対しては相応の処罰が求められる。

それゆえ、刑罰規定は、保護法益の性質、行為の態様・結果、刑罰を必要とする理由、刑罰を法定することによりもたらされる積極的・消極的な効果・影響などの諸々の要因を考慮しつつ、国民の法意識の反映として、国会により、歴史的、現実的な社会的基盤に立って具体的に決定されるものであり、その法定刑は、各犯罪の違法性の大小を考慮して定められるべきものである³。これに対して、このような法定刑の範囲内で具体的な事件についてどれだけの刑を宣告するかは、裁判官の裁量に属する⁴。しかしながら、同じ範疇に属する犯罪について宣告刑の量が裁判官によって異なることが多いのが一般的な現実であることから、量刑上の混乱が起きている。有罪・無罪の判断は安定的に行われているが、量刑の判断には、いまだ裁判官の判断に対する信頼を担保する基準が設定されていないのである。このような量刑判断の現状において、個人の偏差は法に対する信頼を低下させる結果をもたらす。上述したように、処罰が

¹ 本章は、拙稿「韓国における量刑の意義と量刑判断の不統一に関する検討」中央大学大学院研究年報法学研究科篇43号（2014年）189頁に基づいたものである。観点の偏りや誤解を生みやすい表現があるため修正や加筆を行ったが、過去に示した論旨にはもちろん変更はない。

² 刑事法における法益保護とは、個人の人権と市民権を保障する安全で自由な社会生活にとって、または、その安全で自由な社会生活を保障するために設立された国家制度にとって、必要な目的設定である（Claus Roxin, Strafrecht AT. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006, S.16）。

³ 最判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。同旨の韓国の判例として、憲法裁判所全員裁判部1992.4.28.90憲判24決定。

⁴ 韓国憲法第103条「裁判官は、憲法と法律によりその良心に従って独立して審判する」。

不明確になると、犯罪予防効果が減少する。もちろん、個別の事件においてそれぞれの状況が異なるからでもあるが、処罰に関する裁判官の認識の差異が量刑の幅で大きな偏差をもたらした側面もある。

日本においては、70年代から学問的にも量刑問題の重要性が認識され始めたが⁵、韓国においては、70年代の量刑において個人偏差の深刻性が大法院⁶によって注目された⁷。裁判所によって序問題提起がなされ、90年代になってようやく、韓国刑事政策研究院で量刑の実態と改善の方向性に関する学問的研究が本格的に議論されることとなった。その後2007年に設置された量刑委員会の活動で量刑基準が作られ、これが量刑実務に具体的な影響を及ぼし、またこれによって、量刑に影響を及ぼす要因は何か、ということに対する経験的な研究も着実に進んでいる⁸。もっとも、ほとんどの研究が量刑の標準化のためのものであるにすぎず、処罰の目的に関連して一貫した量刑論に関する議論は乏しい。本章では、韓国における量刑論に関する議論として量刑の意義と重要性を検討し（第Ⅱ節）、刑の量定の過程や規定を紹介する（第Ⅲ節）。その後、現行の量刑基準が制定された原因として量刑判断の不統一問題を分析する（第Ⅳ節）。こうした本章の検討は、韓国の状況に基づいたものであるが、韓国の量刑において何が問題だったかについての議論は、日本においても有益であると思う。

Ⅱ 量刑の概念

1. 量刑の意義

刑法は簡単にいえば犯罪と刑罰に関する法であり、厳密に定義すれば一定の行為を犯罪とし、その上で犯罪に対する法律効果として、一定の制裁（刑罰と保安処分）を科すことを定めた法規範であるといえる⁹。

量刑とは、違法と責任に照らして合目的的に可罰性を刑法の量に換算することであり、そこでは、責任に応じた刑罰、すなわち、行為者に帰責可能な不法の量に相応す

⁵ 阿部純二「刑の量定の基準について（上・中・下・完）」法学40巻3号（1976年）219頁，41巻1号（1977年）1頁，41巻4号（1978年）387頁，井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法學研究69巻2号（1996年）293頁，岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（1・2・完）」早稲田法學68巻3・4号（1993年）77頁，69巻1号（1993年）11頁，城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂，1995年），前野育三『量刑法の総合的検討』（成文堂，2005年）及びそこに引用された文献を参照。なお，実務と理論の両方について詳細な原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房，2008年），大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻（量刑総論）』（判例タイムズ社，2011年），ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—日独シンポジウム』（成文堂，2011年）などがある。

⁶ 日本の最高裁判所に相応する。以下，大法院という。

⁷ 大法院は，1978年から毎年刑事裁判長の研修，量刑シンポジウムと量刑関連セミナーを開催している（量刑委員会『年間報告書2007』（2008年）18頁）。

⁸ 量刑に関する経験的研究は量刑基準の施行前後に分かれる。前者の代表的な研究として，李榮蘭『韓国量刑論：量刑の実態に対する経験的研究』（ナナム出版社，1996年），後者としては，이민식·박미량「殺人未遂犯罪の量刑に関する経験的研究：第1期量刑基準適用の現状分析」韓国犯罪学4巻2号（2010年）3頁，同「強盗傷害犯罪の量刑に関する経験的研究：第1期量刑基準適用の現状分析」刑事政策23巻1号（2011年）153頁など。

⁹ 任雄『刑法総論〔第3版〕』（法文社，2010年）3頁。

る刑罰という要請が働く¹⁰。上述したように、量刑は、裁判官が犯罪の成立を認めた場合に、立法者が個別的な構成要件の典型的な違法を一般的に評価した刑の範囲である法定刑から、法律上の加重・減軽や酌量減軽して得られた処断刑の範囲内で具体的な宣告刑を定める過程で行われる。このような過程には、裁判官が法律に基づき刑事政策的な量刑基準によって合理的に判断しなければならない羈束裁量（または、法適用）として¹¹、その範囲や、執行猶予を付すか否かの決定も、すべて含まれ、抽象的規範である刑罰法規の具体的実践といえる。

しかしながら、このような量刑の概念は概括的で問題がある。また、量刑において、宣告刑を導き出す過程について裁判官の良心と判断に全面的に委ねている点も、学問的なアプローチを困難にしている¹²。したがって、このように分かりにくい量刑を理解するための方法として、次のような概念区分を通して全体的なイメージを描くことが、理解に資すると思われる。

（1）量刑の概念区分

一般的に狭義の量刑は、「具体的な事件に適用する刑の種類や量を定めることで、広義の量刑はその刑罰の宣告や執行の可否を決めることを含むもの」、と定義される¹³。ここではさらに細分化されるいくつか概念の区分方式がある。

第一に、量刑の概念を広義と狭義及び最狭義の3つに分ける方式である。広義の量刑とは、法定刑に基づいて具体的な宣告刑を定める過程、すなわち、法定刑によって様々な種類の刑罰が選択刑として定められている場合、あるいは、併科刑になっている場合、まず刑罰の種類を選択し、社会奉仕命令¹⁴や受講命令¹⁵、保護観察を科すかどうかを決めた後に、処断刑の範囲内で具体的な宣告刑を定めることを含む概念である¹⁶。狭義の量刑とは、広義の量刑の中で執行猶予、宣告猶予などの決定を排除した全体の過程を意味し、最狭義の量刑とは、処断刑の範囲内で具体的な宣告刑を決定する過程だけを意味する。これに対して具体的な刑期あるいは金額の決定のみを狭義の

¹⁰ 只木誠「即決裁判手続と量刑の適正確保」刑法雑誌48巻1号（2008年）31頁，阿部純二「量刑論の現状と展望」現代刑事法3巻1号（2001年）5頁，城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』（成文堂，2009年）32頁，崔錫胤「量刑に対する基礎的理解」刑事政策研究8巻1号（1997年）279頁。

¹¹ 李在祥『刑法総論〔第7版〕』（博英社，2011年）582頁。

¹² 日本の場合、量刑判断過程について「量刑相場を中心とした量刑実務は、一種のブラックボックスである」といわれている（大阪刑事実務研究会・前掲注3）6頁）。

¹³ 金日秀『韓国刑法Ⅱ〔総論下〕』（博英社，1993年）710頁以下，申東雲『刑法総論〔第7版〕』（法文社，2013年）789頁以下，任・前掲注9）620頁，李・前掲注11）576頁以下，井田・前掲注5）293頁。

¹⁴ 罪質が軽微であり、または執行猶予・仮釈放などで釈放される犯罪人に対して処罰・再社会化効果のために、一定の期間、無報酬で様々な社会奉仕活動に従事させる制度である。

¹⁵ 受講命令は、有罪が認められた薬物やアルコール依存・中毒の犯罪者を刑務所などに拘禁する代わりに、自由な生活を許容しつつ、一定の時間の保護観察所または保護観察所の指定の専門機関で教育を受けるように命じる制度である。

¹⁶ 呉英根「量刑改革の法律（案）の合理的運用案」漢陽大学校法学論叢24集1号（2007年）8頁。

量刑とみて、量刑の決定だけでなく、刑種の選択、加重・減軽、宣告猶予、執行猶予、換刑処分などを含めて広義の量刑であるとする見方もある。これによると、「広義の量刑は法適用の一環として理解され、狭義の量刑は裁判官の個別的な刑の量定が法に拘束される点からは法の適用であるが、量刑に関する法理により刑を量定する側からは、創造的な法形成行為であるためこのような区分が必要である」といわれる¹⁷。また、「両者の関係では狭義の量刑が先に決められ、後に広義の量刑が行われなければならない」とされ¹⁸、広義の量刑が狭義の量刑に遡及的に用いられることは許されない。すなわち、刑の執行猶予をあらかじめ決めた後に、刑罰の程度を執行猶予に可能な程度（3年以下の懲役あるいは禁錮）に確定してはならないのである。

第二に、最広義から最狭義の概念まで4分類の方式がある¹⁹。この場合には、自由刑や財産刑において刑期や金額という刑の具体的な量を決める段階を最狭義の量刑とされ、最狭義の概念から刑種の選択を組み合わせることを狭義の量刑という。そこに執行猶予と保護観察、受講命令、社会奉仕命令、刑の免除、刑の執行免除などの事項を加えて考慮する段階を広義の量刑という。さらに、刑を宣告するにあたって付随的な処分、例えば、未決勾留日数の算入、罰金や科料の換刑処分、労役場留置日数などを考慮することを最広義の概念とみる。なお、量刑実務では、基本的に上記の4分説と同様に分類されているが、最広義の量刑については、付随的処分として治療監護、保護観察などの保護処分に関する決定を含む意味で用いられている²⁰。ただし、量刑は責任に基づき制裁、すなわち、刑罰の確定に関することなので、責任とは無関係な行為者の危険性にのみに関連する保安処分の決定は、量刑と区別する必要があると思われる²¹。

刑法典第3章の第2節の見出し語に使われた「刑の量定」は、量刑の条件、法律上の加重減軽、酌量減軽だけでなく、未決勾留日数の算入などを含む広義の量刑概念である。なお、刑事訴訟法第361条の5（控訴理由）第15号と同法第383条（上告理由）第4号に規定された「刑の量定」は、刑量と刑種についての決定だけでなく、刑の宣告猶予あるいは執行猶予、換刑処分なども含む概念である。このようにみると、刑法や刑事訴訟法上の量刑概念は最広義の概念にあたることになる。

（2）法律上の量刑規定と裁判官による量刑

ほとんどの刑罰は選択刑あるいは併科刑であって、その場合、上限制限方式または下限制限方式及び混合型として定められる。また、法定刑のほかに、予防的な考慮での刑の加重または減軽ができる刑罰変更事由も含まれており、そこに法律上の減軽や累犯加重、競合犯²²加重、酌量減軽などが属する。このように、量刑が実定法の中で

¹⁷ 崔・前掲注10) 286頁。

¹⁸ 崔・前掲注10) 287頁。

¹⁹ 城下・前掲注5) 10頁，原田・前掲注5) 1頁，井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）556頁，朴光玖ほか『量刑における犯罪被害者の役割の再考方案』（韓国刑事政策研究院，2009年）16頁。

²⁰ 韓国司法研修院『刑の量定』（1987年）6頁。

²¹ 崔・前掲注10) 282頁。

²² 日本における併合罪加重に相当する。以下、競合犯という。

も重要な役割を果たしており、これを法律による量刑という。このような法律による量刑は、単に裁判官に量刑の上限及び下限を示すに過ぎないものではなく、立法者による「当罰評価の明白な表現」であると同時に、生じ得る行為に関する連続的な「評価の尺度」を形成する。裁判官は、当該行為がかような尺度のどこに位置づけられるのかを法的に判断することによって、宣告刑を導くのである²³。

言い換えると、犯罪と刑罰の範囲(Strafrahmen)の決定は立法者の役割であり、個々の事件において具体的な処罰程度(Strafzumessung)の決定は裁判官の役割であることを意味する。したがって、裁判官による量刑とは、法律に厳格に拘束された裁量によって合理的な刑罰を発見すべきものであり、犯罪行為に対する法的効果を確定する量刑は、立法者と裁判官との分業的な作業による共同成果である²⁴。

(3) 憲法、刑事訴訟法と量刑

量刑は、刑法で意味をもつのみならず、憲法、刑事訴訟法でも重要な意味をもつ。まず憲法の観点についてみると、正当な刑罰を科すことは、法治国家の原理に基づく刑事司法の正義の実現に係る問題であるため、量刑は、刑罰の目的だけでなく、人権保障目的（憲法）に基づいても制限されなければならない²⁵。すなわち、量刑は刑罰目的に拘束される点で「刑罰の目的は量刑の合理的根拠」となり、量刑は憲法（人権保障目的）により制限される点で、憲法は量刑の合理的な制限になる。また、このような制限は憲法裁判所の判例によって具体化されている。

憲法裁判所は「法定刑の種類や範囲を定める場合は、憲法第37条第2項が規定している過剰立法禁止の原則に照らして、刑罰個別化が適用できる範囲内で法定刑を定めて、実質的な法治国家の原理を図らなければならない、刑罰が罪と責任に応じるように適切な比例性²⁶を守るべきであるため²⁷、その立法趣旨からみて重罰主義を考慮する必要性が認められる場合でも、犯罪の実態と罪の軽重、これに対する行為者の責任、処罰規定の保護法益及び刑罰の犯罪予防効果などに照らして、刑罰体系上、あまりにも過酷なものであり、そのような類型の犯罪に対する刑罰本来の機能と目的を果たすことにおいて、必要な程度を著しく逸脱することにより、立法の裁量が憲法や憲法上の諸原理に反して恣意的に行われたものと評価される場合には、このような法定刑を

²³ 城下・前掲注5) 12頁。

²⁴ 城下・前掲注5) 11頁以下、河泰勳「量刑基準と量刑過程の合理化方案」刑事法研究9号（1997年）235頁、任・前掲注9) 620頁、李・前掲注11) 577頁。

²⁵ 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（2）」慶應ロー9号（2008年）50頁参照、崔・前掲注10) 291頁以下参照。

²⁶ 憲法裁判所が示す相対的均衡、すなわち、行為者間の平等・公平それ自体を価値として重視するのが、近年ドイツにおいて有力に主張される均衡説である。同説の詳細な紹介として小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）」慶應ロー6号（2006年）65頁以下がある。

²⁷ 日本においても、これまで実務上の量刑基準として機能してきたとされる「量刑相場」は、「同種の事案には同種の重さの刑を科し、異なる事案には、異なる重さの刑を科さなければならない」という相対的な均衡の要請に応えるものである（小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について」法学研究82巻1号（2009年）629頁）。

定めた法律の条項は憲法に反すると考えるべきである」と判示し²⁸、法定刑における罪刑均衡原則の重要性を表している。

次に、刑事訴訟法については、量刑の基本原則や量刑の要件が合理的に定められている場合でも、これを正確に判断できる制度的な装置が用意されていない場合、量刑判断の合理性は保障されないため²⁹、例えば、刑事訴訟法は同法第361条の5で、量刑不当を理由に控訴とすることが認められている。なお、同法第323条（有罪判決に示すべき理由）1項及び2項は、犯罪事実、証拠の要旨、法令の適用、犯罪成立阻却事由、刑の加重・減免理由を判決文に記載するよう求めている。こうした規定によって、裁判所の量刑判断は、量刑の裁量性を強調し、量刑事情についても、その範囲が幅広く考慮されることになった。また、同法第383条4号では、「死刑、無期又は10年以上の懲役や禁錮が宣告された事件において重大な事実の誤認があつて判決に影響を及ぼした場合、または刑の量定が著しく不当と認められる顕著な事由がある場合」に上告が認められている。

2. 量刑の重要性

量刑は、裁判官が被告人に対して刑を定めるにあたって正義を実現する点だけでなく、事件の被害者や、その事件に関与する市民にとっても重要な意味をもつ。今まで刑法や刑事訴訟法では、法治主義に忠実な観点から刑罰権を制限し、実質的な観点から予測可能性を保つ方向で研究がなされてきた。それゆえ、従来の刑事裁判において重要な問題は、実体的真実の発見による被告人の有罪・無罪判断といえる。しかしながら、こうした学界の研究方向とは異なり、刑事事件における市民の立場からみると、刑事訴訟の結果であり、「行刑の出発点」である量刑が大きな関心事である。また、被告人や実務の立場においても、現実的に被告人の有罪・無罪を争う場合より、被告人に科される刑種が何か、刑量がどれくらいになるのかという問題がより重要視されている³⁰。

韓国の刑事裁判において1審裁判の無罪判決率は、2011年の法務部³¹の司法統計によると、被告人の拘束事件は2万8,993件中で166件（0.6%）であり、不拘束事件の場合24万9,176件中で4万7,781件（19.1%）である³²。とりわけ、拘束事件の場合、1審裁判の無罪判決率が0.6%ときわめて低い割合であるため（日本の場合、確定裁判における無罪率は0.02%³³）、量刑が重要な問題になる³⁴。犯罪事実の確定の過程がいくら公平に行われたとしても、その後の量刑の過程が不当であれば、結局、被告人は

²⁸ 憲法裁判所2003. 11. 27. 2002憲判24決定。

²⁹ 崔・前掲注10) 283頁参照。

³⁰ 井田・前掲注5) 294頁。

³¹ 日本の法務省に相応する。

³² 韓国法院行政処『司法年鑑2011』（2011年）578頁。

³³ 法務省『平成23年版犯罪白書』12頁。

³⁴ 2007年刑事訴訟法の改正により、不拘束捜査事件の数が増え、裁定申請の範囲が全面的に拡大され（2007年232件から2011年6,890件）、不拘束事件が増えた点が不拘束事件の無罪率の増加に影響を与えたと考えられる（韓国法務研修院『犯罪白書（2012年）』（2013年）275頁以下参照）。

納得できないであろう。また、量刑が単に被告人に対する責任を問うという点にとどまらない点を考慮しなければならないことから、以下では、量刑の重要性を裁判官、被告人、被害者、市民の立場から順に具体的に検討する。

(1) 裁判官

2011年の1審裁判官が担当する事件のうち、12.2%が簡易公判手続³⁵で処理され、また、48.4%が略式命令事件で処理され、当該事件の有罪・無罪の判断と同様に量刑の決定も重要性をもっている³⁶。かつては、刑法第51条によって量刑判断が行われても、刑事訴訟法には、量刑の審理に対する特別な規定がなかったが、2009年から量刑基準が適用されて、量刑判断において合理的基準が提示され、量刑調査制度³⁷も始まったので、裁判官の量刑判断の負担が軽減されていると考えられている。

(2) 被告人

同種あるいは類似の罪を犯した他の被告人との不均衡な量刑は、被告人を納得させることができるものではなく、また被告人の社会復帰に悪影響を及ぼす。したがって、被告人自らが、付与された刑罰を妥当なものとして受け入れられる合理的な量刑が必要である。すなわち、「犯罪防止の効果があれば、どのような刑罰でも正当化されるのではなく、犯罪軽重に応じた刑罰だけが正当化されうる」として「均衡の原則」が要求されているのである³⁸。なお、被告人において、自分に科された刑罰の妥当性を認めるためには、自分が言い渡された量刑が公正かつ透明な手続を通じて科されていたかを判断できなければならない。被告人は刑事手続上の主体であるため、量刑に関する資料と意見を示すことができる権利をもつだけでなく、裁判官に対して、量刑に対する合理的根拠を示すよう求められると考えられる。

以上のように、量刑の偏差が個々の具体的な事件に対する刑罰の個別化の結果ではなく、裁判官の恣意的判断により生じたものであれば、これは犯罪者の再社会化を困難にすることにとどまらず、「平等」と「公平な裁判」という憲法上の権利を害する深刻な結果になると思われる。

(3) 被害者

すべての犯罪、特に個人的法益に対する罪は、被害者と加害者の相互作用の過程で生じる。量刑判断で被害者に関連する事情を考慮せずして、正確な状況の判断は不可能である³⁹。それにもかかわらず「長い期間、被害者という存在は、犯罪の捜査、処罰などの刑事手続において、犯罪者の罪を顕現する証拠の一つとして位置されたのが

³⁵ 簡易公判手続とは、被告人が、冒頭手続に際し、起訴状に記載された訴因について有罪である旨を陳述したときに、裁判所が決定により利用することができる手続を指す（刑事訴訟法第286条の2、日本刑事訴訟法291条の2）。

³⁶ 韓国法院行政処・前掲注32) 586, 593頁参照。

³⁷ 量刑調査制度とは、裁判所がより充実した量刑審理が行われるように個々の量刑因子の存否に対する調査を担当する制度である。

³⁸ 平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）22頁。

³⁹ 朴ほか・前掲注19) 28頁。

現実だった」といわれる⁴⁰。欧州では、1960年代から被害者の刑事手続上の地位の向上が目指され始め、日本は2004年に「犯罪被害者等基本法」が、韓国でも2005年に「犯罪被害者保護法」が定められた。また、2007年の刑事訴訟法改正を通じて被害者保護に関連する条項が新設され⁴¹、被害者参加制度の導入も検討中である。このような立法は合理的な量刑判断をするために必要であると思われる。

したがって、被害者の立場からも量刑は非常に重要な意味をもつ。量刑は、加害者と被害者の間に生じた社会的な紛争に対する最終的な解決を意味するものであり、被害者における被害賠償の要求は直接的な量刑目的にならない⁴²。なぜなら国家刑罰権は、犯罪の予防や法益保護、すなわち国家の秩序を保つためのものであり、被害者の復讐心を満たすためのものではないからである。

(4) 市民

不均衡な刑罰、すなわち、量刑において適正性が侵害された場合、市民の法感情に対して否定的な影響を及ぼす危険がある。なぜなら、市民は、犯罪者がどのような罰を受けるかによって、公布されて明確に定められた法律に基づき、国家権力を制限・統制することにより恣意的な支配を排除する法の支配 (Rule of Law) という、いわば「法規範力」を確認するからである。地域や裁判官によって量刑判断の不統一が著しく現れた場合、あるいは、刑罰が妥当ではないと感じられた場合、市民は裁判所の判断に不信感を抱くであろう。このような刑事司法に対する不信は、刑法の予防機能を低下させることに繋がる。それゆえ、量刑判断の不統一性を市民が事実として受け入れるようになると、当然、刑事司法の不信とともに、自らの犯行に対する非難に目をつぶることになりかねない。

今日では、裁判員制度のような刑事司法における市民参加制度が日韓両国でも設けられており、そうした制度が維持される限り、市民における量刑の重要性はさらに注目されると思われる。

3. 小括

⁴⁰ 只木誠「刑事立法（刑法、刑事訴訟法の立法）へ与える被害者保護の影響」『刑罰論と刑罰正義=Straftheorie und Strafgerechtigkeit:日独シンポジウム:日本—ドイツ刑事法に関する対話』（成文堂、2012年）96頁以下参照。

⁴¹ その内容は以下のようなものである。①被害者が証人として出席する場合は、信頼関係ある者が同席できる制度を導入し（同法第163条の2）、②児童、性的暴力被害者に対してビデオなど中継施設や遮蔽施設を利用して証人尋問を行うことができるようにし（同法第165条の2）、③第163条の2によって新設された信頼関係者の同席制度を捜査機関の被害者取調べにも準用できるようにし、④被害者の情報権を強化する点から検事が被害者に対して公判の日時・場所及び結果、被疑者・被告人の身柄に関する事実を通知しなければならないことを定め（同法第259条の2）、⑤裁判所も利害関係人の申請がある場合、公判手続を著しく遅延しない限り、原則的に被害者を証人に審問するように定めることで（同法第294条の2）被害者の手続参加権を保障した。また、⑥被害者の私生活などを保護するために、審理非公開の規定（同法第294条の3）などを用意しており、⑦訴訟係属中の事件に対する訴訟記録の閲覧または謄写を裁判長に申請できるよう定められた（同法第294条の4）。

⁴² 崔・前掲注10）299頁。

実務的な必要に応じて議論された韓国と異なり、日本の場合、井田教授によると、1970年代以降の議論は、「刑罰をめぐる基礎理論が量刑の場面においてどのように具体化されるかという関心に基づくもの」であり⁴³、「実務における量刑の在り方に理論的な見地から見直しを迫ろうとするものではなかったし、実務家も、量刑は実務慣行と実務感覚が支配する場面であると考えており、量刑理論による基礎づけや検証が必要だという認識には乏しかった」といわれる⁴⁴。しかしながら、1990年代に入り、犯罪被害者の権利保護の必要性が強調されるに伴って、量刑に対する社会的関心が強まり、危険運転致死傷罪の新設及び法定刑の引き上げなども行われた。なお、2009年裁判員制度の導入とともに、市民に対して、量刑の理解をどのように求めるのかに関する議論が盛んに行われるようになり、量刑の重要性について問題意識をもって研究されている。

韓国の場合、近年量刑について活発に議論されるようになった理由は、見直しの必要性がより切実なものとなったからであると思われる。それゆえに、積極的に量刑の重要性について研究が行われるようになったのであり、その結果、2007年量刑合理化を目指す量刑委員会の設置及び2009年量刑基準を設定することに至ったのである。この点で、「量刑相場」がなかった韓国がより実証的な量刑基準制を導入したということが、日本とは異なっているといえよう。

III 刑の量定の過程

1. 法定刑・処断刑・宣告刑

法定刑とは、ある犯罪に対して科されるべきものとして、法令が罰則により規定している刑罰をいう。罪刑法定主義によれば、いかなる行為が犯罪となるかだけでなく、その行為に対していかなる刑罰が科されるか、ということも、法律によって前もって規定されなければならない。すなわち、立法者が各構成要件の典型的な違法を一般的に評価した刑の範囲のことであり、法定刑は、具体的な刑の選択のための一次的基準になる点で、重要な意味をもっている。法定刑は3つの類型に分けられる。それは、刑罰を法律で定めずに裁判官の自由裁量に任せる絶対的専断刑と、裁判官の裁量的な選択の余地がない絶対的法定刑（与敵罪⁴⁵、外患誘致（日本刑法81条））、そして、刑種の選択や刑の量定について裁判所に裁量的な選択の余地が与えられている相対的法定刑であり、大多数がこれにあてはまる。

次に、処断刑とは、法定刑に修正を加え、処断の範囲を操作して得られた刑罰のことである。法定刑に選択する刑種がある場合、まず刑種を選び、刑の加重事由または減輕事由による一定の加重・減輕が施されて処断刑が決定される。これは、宣告刑の最終的な基準となる。例えば、強盗罪の法定刑は、短期3年、長期30年の懲役である。ここに法律上の減輕事由がある場合にはその刑が法定刑の2分の1、すなわち短期1年6月、長期15年になる。

⁴³ 1973年の改正刑法草案が量刑の一般基準として第48条をおき、これをめぐって議論が盛んになされた（阿部・前掲注10）4頁）。

⁴⁴ 井田良「わが国における量刑改革の動向」慶応法学7号（2007年）1頁以下。

⁴⁵ 刑法第93条（与敵）「敵国と協力し、大韓民国に抗敵した者は死刑に処する」。

最後に、宣告刑とは、処断刑の範囲内で具体的に刑を量定して当該被告人に宣告される刑である。例えば、上記の強盗罪で処断刑の範囲の短期1年6月、長期15年の範囲内で懲役5年が宣告される場合に、最終的な宣告刑が決まるものである。自由刑には定期刑と不定期刑の2種類があり、不定期刑には絶対的・相対的不定期刑がある。罪刑法定主義の原則上、絶対的不定期宣告刑は認められないが、日・韓の少年法では、少年犯に対して相対的不定期宣告刑を認めている。

2. 刑の加重・減軽・免除

(1) 刑の加重と減軽

刑の加重には法律上の加重だけが認められており、裁判上の加重は許されない。法律上の加重には、一般的加重事由と特殊的加重事由がある。一般的加重事由は、犯罪一般に共通する、刑法総則に定められた加重事由をいう。例えば、競合犯加重（韓国刑法第38条）、累犯加重（同法第35条）、特殊教唆・幫助⁴⁶（同法第34条2項）の3つの場合である。特殊的加重事由は、刑法各則の特別の構成要件による加重事由をいう。例えば、常習犯加重（同法第203条、第264条、第279条、第285条、第332条、第351条等）と特殊犯罪の加重（同法第144条「特殊公務妨害」、第278条「特殊逮捕、特殊監禁」）がある。

これに対して、刑の減軽には、法律上の減軽と裁判上の減軽（酌量減軽）がある。法律上の減軽とは、法律の特別規定により刑が減軽されることを指す。法律上の減軽には、さらに、一定の事由があれば必ず減軽しなければならない必要的減軽と裁判官の裁量により減軽できる任意的減軽がある。任意的減軽は、後述する酌量減軽とは区別される概念である。

必要的減軽には、全犯罪に共通する刑法総則上の減軽事由と、一定の犯罪に対してのみ特別に認められる特殊的減軽事由の2つがある。まず必要的減軽事由には、心神耗弱者（刑法第10条2項）、聾啞者（同法第11条）、中止未遂犯（同法第26条）、幫助犯（同法第32条2項）があり、任意的減軽事由には外国で受けた刑の執行による減軽（同法第7条）、過剰防衛（同法第21条2項）、過剰避難（同法第22条3項）、過剰自救行為（同法第23条2項）、障害未遂犯（同法第25条）、不能未遂（同法第27条但書）、自首あるいは首服（同法第52条1項・2項）、解放減軽（同法第295条の2、第324条の6）がある。この中で、自首と首服は行為者の後悔と改悛の情を客観的に表しているものであり、捜査を容易にするものなので、刑法上、任意的減免事由と規定されている⁴⁷。法律上の特別な減軽事由がなくても「犯罪の情状に参酌すべき事由がある場合」には裁判所は参酌してその刑を減軽することができ、これを酌量減軽という（同法第53条）。情状に参酌すべき事由があるのか否かは、具体的な事件において、諸情

⁴⁶ 刑法第34条（間接正犯、特殊な教唆、幫助に対する刑の加重）2項自分の指揮、監督を受けた者を教唆または幫助して前項の結果を発生した者は教唆の場合は、正犯に定めた刑の長期または多額にその2分の1まで加重し、幫助の場合は、正犯の刑で処罰する。

⁴⁷ 例えば、刑法第90条（内乱罪の予備、陰謀、扇動・宣伝）1項但書、第101条（通貨の罪の予備、陰謀、扇動・宣伝）1項但書のように各則上の必要的減免事由と定められた場合もある。

況を総合的に考慮して裁判所が判断する事項である。参酌すべき事由に対しては、刑法第51条（量刑の条件）が適用され、酌量減軽も法律上の減軽に関する第55条（法律上の減軽）の範囲で許される⁴⁸。法律上の刑を加重あるいは減軽した場合でも、再度酌量減軽し得る⁴⁹。また、法律上の任意的減軽事由を適用しなくても酌量減軽をすることもできる⁵⁰。

（2）刑の加減例・刑の免除

刑の加重・減軽の順として、1つの罪に規定された刑が数種の場合には、先に適用する刑を決め、その刑を減軽するという方法がとられる（刑法第54条）。例えば、窃盗罪において、6年以下の懲役あるいは1千万ウォン以下の罰金というように2つ以上の刑が選択的に定められている場合には、先に6年以下の懲役を選択するのか、それとも1千万ウォン以下の罰金を選択するのかを決定しなければならない。そして刑の減軽において2つの刑種が科される場合には、両者を減軽することになる。刑を加重・減軽する事由が競合した場合には、まず各則の本条による加重→特殊教唆・幫助の加重→累犯加重→法律上の減軽→競合犯加重→酌量減軽の順になされる（同法第56条）。

刑の加重・減軽の方法として、加重の場合、有期懲役あるいは有期禁錮について刑を加重するときは、50年までと定められている（同法第42条但書）。累犯、競合罪及び特殊教唆・幫助のような一般的加重事由の加重程度は、個別に定められている。法律上の減軽は次の通りである。①死刑を減軽する場合には、無期あるいは20年以上50年以下の懲役または禁錮とする。②無期懲役あるいは無期禁錮を減軽する場合には10年以上50年以下の懲役または禁錮とする。③有期懲役または有期禁錮を減軽する場合にはその刑期の2分の1とする。④資格喪失を減軽する場合には7年以上の資格停止とする。資格停止を減軽する場合にはその刑期の2分の1とする。⑤罰金を減軽する場合は、その多額⁵¹の2分の1とする。⑥拘留を減軽する場合にはその長期の2分の1とする。⑦科料を減軽する場合は、その多額の2分の1とする。そして、法律上の減軽する事由が数個ある場合は、重ねて減軽できる。酌量減軽の方法については、刑法には規定がないが、法律上の減軽の例に準ずるものであると解釈されている⁵²。法律上の減軽をしてから更に酌量減軽を行うことはできるが、酌量減軽のみを行う場合には、酌量減軽する事由が数個あっても重ねて減軽することはできない⁵³。また、懲役刑と罰金刑を併科する場合には、特別な規定がない限り、片方のみ酌量減軽することは許されない⁵⁴。

刑の免除とは、犯罪が成立して刑罰権は発生するが、一定の事由により刑を科さない場合である。刑の免除は、確定裁判前の事由により刑が免除される点で、確定裁判

⁴⁸ 大法院1964. 10. 28. 64도454判決。

⁴⁹ 大法院1991. 6. 11. 91도985判決，大法院1994. 3. 8. 93도3608判決。

⁵⁰ 大法院1984. 11. 13. 84도1897判決，大法院1985. 3. 12. 84도3042判決。

⁵¹ ここで多額とは、金額を指すので罰金の上限と共に下限も2分の1に下がる（大法院1978. 4. 25. 78도246全員合議体判決）。

⁵² 大法院1964. 10. 28. 64도454判決。

⁵³ 大法院1964. 4. 7. 63도410判決。

⁵⁴ 大法院1997. 8. 26. 96도3466判決，大法院2009. 2. 12. 2008도6551判決。

の後の事由により執行が免除される「執行」の免除とは異なる。例えば、刑法第1条3項は「判決確定後、法律の変更によりその行為が犯罪を構成しない場合は、刑の執行を免除する」と定めている。刑事訴訟法上の刑の免除の判決は、有罪判決の一種とみなされる（刑事訴訟法第322条、第323条第2項）⁵⁵。しかしながら、犯罪が成立しない無罪の場合にも、刑法の表現上の問題で「刑を免除」という文言を使う場合がある。例えば、刑法第21条2項の過剰防衛では「その刑を減輕または免除することができる」と定められているが、ここでの刑の免除について、通説は責任消滅事由として無罪になるものと理解している⁵⁶。また、第26条の中止未遂でも同様の解釈が可能である。それゆえ、刑事訴訟法上の有罪判決の一種として取り扱われている刑の免除と、刑法上犯罪成立が阻却される場合の刑の免除は区別されなければならない⁵⁷。刑の免除は法律上の免除のみであり、裁判上の免除は認められない。

法律上の免除は、刑法総則上の免除事由と、各則上一定の犯罪だけ認められる特殊的免除の理由（第328条「親族間の犯行と告訴」1項等）に分けられる。総則上の免除には、外国で受けた刑の執行による減輕、過剰防衛、過剰避難、過剰自衛行為、障害未遂、不能未遂、自首あるいは首服がある。これら免除はすべて減輕と択一的に規定されている。また、免除は必要的免除と任意的免除とに分けられる。例えば、中止未遂と各則上の自首は前者に該当し、総則上の免除のうち中止未遂を除いたものは後者に該当する。

3. 刑の宣告猶予・執行猶予

(1) 刑の宣告猶予

1年以下の懲役もしくは禁錮、資格停止または罰金を宣告する場合には、前述した刑法第51条所定の条件を参酌して、改悛の情状が顕著な場合には、その刑の宣告を猶予することができ（刑法59条1項）、宣告猶予を受けた日から2年が経過した場合には免訴されたものとみなされる（同法第60条）。この場合の1年以下の懲役もしくは禁錮、資格停止または罰金とは、宣告刑を指す⁵⁸。そして、刑の宣告猶予を受けた者が、猶予の期間中に資格停止以上の刑に処する判決を受けた場合と、資格停止以上の刑に処した前科が発覚した場合は、猶予された刑が宣告される（同法第61条1項）。また、刑の宣告猶予は、資格停止以上の刑に処した前科がある者に対しては、これを行うことができない（同法第59条1項但書）。この猶予された刑を宣告するには、検事はその犯罪事実に対して最終判決をした裁判所に請求し（刑事訴訟法第336条1項本文）、裁判所は被告人または代理人の意見を聴いたのちに決定しなければならない（同法第336条2項、第335条2項）、この決定は、刑を宣告する有罪判決の方式によって行い、宣

⁵⁵ 大法院全員合議体1997. 3. 20. 96㉔1167判決。

⁵⁶ 裴鍾大『刑法総論〔第9版〕』（弘文社、2008年）353頁、任・前掲注9）235頁、李・前掲注11）235頁。有罪判決の一種類であるとみる見解として申・前掲注13）283頁。

⁵⁷ 任・前掲注9）626頁。

⁵⁸ 大法院1970. 6. 30. 70㉔883判決、大法院1972. 10. 31. 72㉔2049判決、任・前掲注9）653頁、李・前掲注11）611頁、申・前掲注13）810頁。

告の猶予を解除する理由を明示しなければならない（同法第336条1項但書）⁵⁹。

（2）刑の執行猶予

3年以下の懲役または禁錮を宣告する場合には、前述した刑法第51条の条件に照らして、その情状に参酌すべき事由があるときには、1年以上5年以下の期間、宣告した刑の執行を猶予することができる（刑法第62条1項本文）。この執行猶予の期間中、裁判所によって保護観察に付することができる（ただし、裁判所は執行猶予の期間の範囲内で保護観察期間を定めることができる）、または、前述した社会奉仕及び受講を命ずることができる（同法第62条の2）。執行猶予期間中、故意の犯罪により禁錮以上の実刑の宣告を受けたときには、執行猶予は失効し（同法第63条）、保護観察、社会奉仕及び受講命令に違反したとき、程度が重い場合には執行猶予は取り消される（同法第64条2項）。執行猶予期間中、執行猶予の失効または取り消しがなければ、刑の宣告の効力は失われる（同法第65条）。ただし、刑の執行猶予は禁錮以上の刑を宣告した判決が確定した時から執行を終了し、または免除された後、3年までの期間の犯罪に対してはこれを行うことができず（同法第62条1項但書）、かつ、その前科が発覚した場合には、執行猶予が取り消される（同法第64条1項）⁶⁰。

4. 小括

量刑について考察する前提として、量刑の規定について理解する必要があると思われるので、上述のような韓国刑法の規定を概観した。法定刑について韓国では、2010年に「刑法の一部を改正する法律」によって法定刑が大幅に引き上げられた。主な改正内容は、①有期懲役及び有期禁錮の上限を15年以下から30年以下、刑を加重する際の上限も25年以下から50年以下（第42条）、②死刑に対する減軽を10年以上から20年以上50年以下（第55条1項1号）、③無期懲役及び無期禁錮に対する減軽を7年以上から10年以上50年以下（第55条1項2号）とするものである。こうした改正によって法定刑の範囲がさらに広がったし、裁判官の量刑判断の負担も重くなると思われる。

量刑判断の過程においては、日・韓の間で目立った相違点はなかったと考えられる。すなわち、日本も韓国も、判断の過程を法定刑・処断刑・宣告刑の段階で区分し、法定刑にいくつかの刑の種類が規定されている場合には選択刑を定め、法律上の加重・減軽を行ったのち処断刑を定めて、その範囲内で宣告刑を定めるという点では共通している。相違点としては韓国においては、刑の加重・減軽・免除事由に①加重事由の中から特殊教唆・幫助、減軽事由の中から聾啞者、過剰自救行為、不能未遂があり、②刑の宣告猶予、執行猶予に付随する社会奉仕及び受講命令などが言い渡されることが挙げられるが、法律規定の差は大きくないのである⁶¹。

しかしながら、このように同じ規定が存在しても、それらの位置づけが異なっているために、その結果も異なっているのが、日・韓の量刑問題にかかわる現状である。

⁵⁹ 氏家仁「韓国における量刑の合理化に関する近時の動向（1）」比較法雑誌44巻4号（2011年）142頁参照。

⁶⁰ 氏家・前掲注59）143頁参照。

⁶¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）535頁。

例えば、日本においては、法律上の加重・減軽が原則的な規定として、酌量減軽が例外的な規定として取り扱われるが⁶²、韓国においては、その両方が同等に判断されるので、これも量刑判断の不統一が生じた原因の一部であることは否定できないと思われる。次節では、そのような原因についてどのような分析が行われたかを検討する。

IV 量刑判断の不統一

1. 制度上の問題

(1) 量刑の客観的な基準の不存在

体系的な量刑論を打ち立てるためには、量刑の理論的な基礎、すなわち、量刑の個別場面や構造、量刑因子など、総論的な問題の解決だけでなく、量刑の一般論が個別犯罪にどのような形で具体化されるかを明らかにする各論的な作業が必要である。例えば、日本においては、明治時代に近代的な旧刑法典が制定（1907年）されて以降、判例が数多く創出され、それによる量刑相場⁶³が日本の特徴として現れているために、古くから様々な実証的な研究が多くなされてきたものといえる。判例などの集積を通じて、事例類型ごとの量刑相場を明らかにすることによって、量刑を予測可能なものとし、またそれを参考に量刑の統一を図ろうとする研究が行われてきたのである。

しかしながら、韓国においては、刑法典が1953年に制定されたこともあって、日本のように判例が数多く存在しておらず、それに基づく実証的な研究も少ないと考えられよう。例えば、刑法第51条が「犯人の年齢・性行・知能と環境、被害者に対する関係、犯行の動機、手段と結果、犯行の後の状況」という形で、量刑の参酌事項が定められているとしても、この規定だけでは量刑判断の客観的な基準が十分に確保されたとはいえない。また、処断刑の段階で刑法第54条（選択刑と酌量減軽）によって刑種の選択が刑量などの決定より先に行われるという点⁶⁴や、処断刑から宣告刑に移る過程が裁判官の裁量に委ねられていて、その内容が不明な点にも問題がある。特に、本条には、量刑判断の基本原則といえる責任と予防との関係及び責任原則について明示されていない⁶⁵。ドイツにおいては、（西）ドイツ刑法改正作業の中で量刑基準が設けられた1956年草案以降、量刑における責任と予防について十分な議論や研究がなされてきたが、韓国においてはそのようなことが可能な状況ではなかったことや、例えば、ドイツ刑法第46条のような一般規定すらないことが、その理由であり、また問題であると考えられる。

それゆえ、第51条の規定だけでは、抽象的であって、個々の条件が行為責任と予防

⁶² 井田・前掲注5) 309頁。

⁶³ 量刑相場とは、長年にわたる実務の中で経験的に積み重ねられてきた量刑基準をいう。それは不文の存在であるが、熟達した裁判官であれば、実務経験に基づく体験的感覚、検察官の求刑、同種事案における過去の量刑判断などを手がかりとして、それを認識し得ることである（原田・前掲注5) 3頁参照）。

⁶⁴ ただ、刑法第41条（刑の種類）が9つの異なる刑罰（死刑、懲役、禁錮、資格喪失、資格停止、罰金、拘留、科料、没収）を定めており、罰金刑でも総額制を取るため、刑量を定める前に、刑種を選ぶ必要性が生じる。

⁶⁵ 孫東權「量刑合理化のための基礎としての法律上の刑加減体系」刑事政策研究18巻3号（2007年）404頁。

的考慮のうちどの観点で評価すべきか不明であるため、その結果として、刑事政策的な目的を重視する広義の量刑（狭義の量刑はもちろん、刑の宣告と執行の可否の決定まで含む）が、行為責任に関する狭義の量刑（刑種や刑量）に介入する問題が生じる⁶⁶、という指摘がある⁶⁷。このような問題はすでに生じており、例えば、量刑実務上執行猶予の決定が刑量の決定と同時に行われるのが普通であり、なお、執行猶予にするために刑量を調整する場合もあるというところにみられる⁶⁸。

（2）刑事特別法の乱立

量刑判断の不統一に関する問題は、特別刑法の乱立という立法的な問題とも絡む。そのため、刑法各則と特別刑法上との間の法定刑の幅が広すぎるという事態が生じ得るが、これは犯罪の違法性に相応する妥当な範囲であるとはいいがたい。そしてこれは、裁判官が合理的な量刑を導き出すにあたって大きな障害となっている⁶⁹。とりわけ、「暴力行為等処罰に関する法律」、「特定犯罪加重処罰などに関する法律」などの特別刑法は、厳罰による過度に威嚇的な一般予防効果を大きく考慮して刑罰を加重したために、法定刑の内容が保護法益の序列を無視してしまっている。すなわち、特別刑法の刑罰は法益の保護される範囲を超えた規定となっているのである。こうした特別刑法の問題点を解決するための議論としては、単に、刑の加重を目的とする特別刑法を廃止し、その主な内容を刑法に組み入れようとする議論が多い⁷⁰。このような厳罰主義的な立法によって、現行法のもとでは、裁判所は酌量減輕を最大限適用して法定刑の下限にあたる量刑を決めざるをえないという状況になっている⁷¹。そのような状況は、例えば、行為責任に比して法定刑があまりにも過酷な場合、あるいは構成要件上の未遂減輕がない場合⁷²、これを是正するための趣旨で認められるものとみることもできるが、それは法定刑と宣告刑量との乖離を生み、刑罰の適正性と均衡性に

⁶⁶ 裁判官の刑罰目的に対する認識は特別予防（53.1%）>折衷的立場（17.9%）>応報（16.2%）>一般予防（12.7%）の順である。なお、裁判官の刑罰目的に応じて実刑判決率が高い順では、応報>一般予防>特別予防の順である（任英喆「裁判官の量刑意識」刑事政策研究5巻4号（1994年）43頁以下参照）、ヴィンフリート・ハッセマー著・堀内捷三監訳『刑罰はなぜ必要か：最終弁論』（中央大学出版部、2012年）56頁〔只木誠訳〕）

⁶⁷ 金永煥・崔錫胤『量刑の刑罰理論的基礎及び個別的な量刑段階に関する考察』（韓国刑事政策研究院、1996年）180頁。

⁶⁸ 李昊重「『韓国量刑の問題点』—量刑基準を設定する場合に検討が必要な量刑システムの問題点を中心に—」量刑委員会専門委員研究資料3（2008年）7頁以下参照。

⁶⁹ 量刑委員会・前掲注7）17頁参照。

⁷⁰ 裴鍾大「特別刑法を一般刑法で作しましょう」刑事政策研究18巻1号（2006年）9頁以下、許一泰「刑事特別法の問題と改善案」犯罪防止フォーラム19号（2006年）82頁、韓榮洙「特定犯罪加重処罰法上の加重処罰規定の問題点と改善方策」刑事法研究26号（2006年）170頁参照。

⁷¹ 李炫政・任雄「量刑委員会の量刑基準案に対する批判的考察」成均館法学21巻1号（2009年）362頁参照。なお、個別犯罪の量刑を実証的に調査・分析した調査によると、宣告刑が法定刑の下限に集まっている（呉英根・李相龍『法定刑と宣告刑の適正化のための模索』（韓国刑事政策研究院、1996年）98頁以下）。

⁷² 例えば、「常習累犯窃盗（盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第2条，3条）の場合には、窃盗が未遂でも、それ自体が構成要件に含まれているから、未遂減輕をすることができない」場合、その情状によって酌量減輕をする（原田・前掲注5）43頁）。

関する市民の信頼を低下させる要因になり、再び厳罰の要求を呼び起こすというように刑罰制度が悪循環に陥ってしまっているといわれる⁷³。

結局、法定刑は量刑の出発点であるから、その範囲が広ければ広いほど量刑判断の偏差は大きくなる⁷⁴。したがって、特別刑法改正及び法定刑の引き上げの問題は量刑判断の不統一を解決するための先決課題ともみるべきである。

(3) 量刑審査の困難

現行刑事訴訟法は、日本と同様に、事実誤認または法令違反による量刑不当とそれ以外の量刑不当を控訴理由として定めている。そして、控訴審は量刑に対する審査機能を担当しているが、現行法上では判決文に犯罪の情状や量刑の理由を明示する必要がない。そうだとすると、量刑理由の説示規定が設けられていない現行法には、議論の余地がある。例えば、被告人が理由の不明な量刑を付与されたために刑事司法に対し不信感を抱いたなら、これは社会復帰を妨げてしまう。控訴審が量刑不当を合理的に検証するため、1審判決に量刑理由を明示するように改正される必要があるといえよう。また、控訴審も1審の量刑を不当と認め、1審を破棄した場合、その理由を具体的に説示すべきである⁷⁵。なぜなら、量刑理由が記載されていない判決文による場合、上訴審だけでなく、当事者は裁判官が当該事件でどのような事情を反映しており、それをどのように評価したかを理解する方法がないからである⁷⁶。また被告人の立場からは、自分の量刑がどのように判断されたのかも知らず、単に裁判官によってその刑を言い渡されたので受け入れる、というのは、刑罰の感銘力や被告人の再社会化からみると不当であろう⁷⁷。

しかしながら、判例は、「刑法第51条の事項と改悛の情が著しいかどうかに関する事項は、広く刑の量定に関する裁判所の裁量事項に属すると解釈され、上告審としては刑事訴訟法第383条第4号により死刑・無期または10年以上の懲役・禁錮が宣告された事件で刑の量定の不当に関する上告理由を審判する場合でない限り、宣告猶予に関して刑法第51条の事項と改悛の情が著しいか否かについて原審判断の当否を審判することはできず、原審判断に『顕著な誤りがあったとしても』結論は変らない」と判示している⁷⁸。かつ、「酌量減輕は裁判所の裁量領域に属するものであり、酌量減輕する場合において裁判所は、必ずしも減輕事由になる事実を具体的に判示する必要がない」と判断しているのである⁷⁹。そのため、量刑基準や指針となるべき上級審の判例が形成されてこなかった。また、このように重い刑が宣告された場合に限って上告を許すとなると、量刑統制における大法院の役割を萎縮させ、刑事司法の透明性を害する結

⁷³ 孫・前掲注65) 405頁。

⁷⁴ 井田・前掲注19) 556頁以下参照。

⁷⁵ 河・前掲注24) 241頁参照。

⁷⁶ 浅田和茂「量刑基準」前野育三ほか編『量刑法の総合的検討：松岡正章先生古希祝賀』（成文堂、2005年）43頁参照。

⁷⁷ 李炫政・任雄・前掲注71) 363頁参照。

⁷⁸ 大法院2003. 2. 20. 2001도6138全員合議体判決。

⁷⁹ 大法院1958. 9. 12. 4291형상389判決。

果となるという指摘もある⁸⁰。それゆえ量刑は、「単に宣告刑によってのみ決まることではなく、宣告刑に至る過程の正当性がさらに重要」である⁸¹。すなわち、「量刑の裁量が主観的恣意を意味するものであってはならず、法的吟味の対象となり得るだけという客観的合理性を有するものでなければならない」と考えられるのである⁸²。

以上のことから、判決文に量刑理由を記載すべきであり、これに関連した刑事訴訟法上の規定を補完することが必要である⁸³。なお、日本の場合、刑事訴訟法上の量刑の理由の説明義務は定められていないが⁸⁴、実務では、判決文は判決理由で「量刑の理由」を別途の項目で詳しく明らかにしている例も少なくないし⁸⁵、控訴審で量刑の当否を広く審査及び統制している点について参考になるものである⁸⁶。

2. 実務上の問題

(1) 不十分な量刑審理による量刑の偏差

裁判所が、量刑判断の不統一の事例の中で最初に認めたのは、不合理な量刑偏差の場合である。「犯行に関する量刑要素と犯罪者に関する量刑要素に照らして類似の事例であることにもかかわらず、裁判所・裁判部別に相当な量刑偏差が存在する」という量刑判断の不統一に関する大法院の自己批判があった⁸⁷。例えば、刑種または懲役刑執行の有無を決めるにあたって、裁判官の人生観または価値観の違いなどによる不合理な量刑偏差が存在したということである。

その理由として不十分な量刑審理が挙げられる。刑事裁判は、有罪・無罪の認定の段階と、被告人にいかなる種類の刑をどれだけ科すかという量刑の段階に大きく分けられる。しかしながら、韓国の刑事裁判は公訴事実の存否を判断するための証拠収集の手續のみを重要視してきたので、量刑審理は付随的に取り扱われてきた。すなわち、充実した量刑審理が行われず、提出された基本資料を通じて量刑条件を確認する形で量刑審理が行われてきたため、量刑を導き出す過程の妥当性を確保できなかった従来

⁸⁰ 李炫政・任雄・前掲注71) 364頁参照。

⁸¹ 金永煥「量刑の法的性格と量刑の合理化」刑事政策研究7巻1号（1996年）178頁。

⁸² 城下・前掲注5) 29頁参照。

⁸³ なお、ドイツ刑事訴訟法（StPO）第267条3項は「刑事判決の理由に適用された刑法規定を説明しなければならず、刑の量定のための決定的であった事情を明らかにしなければならない」と定めている。

⁸⁴ 日本刑事訴訟法第335条において、量刑の理由を記載することは法律上要求されていないが、刑事訴訟規則第35条では、量刑の理由が告知されるべきと解する余地があると思われる。また、量刑の理由を書く目的は、①当事者、特に被告人に対する説得を図ること、②上訴審における量刑審査の便宜を図ること、③被告人の刑の執行及び再犯の裁判において前科の具体的な内容や量刑上考慮した事項を示して参考に供すること、④理由を書くことにより、判断の客観性を高めること、⑤ほかの同種事件の量刑判断の参考に供することなどである（原田・前掲注5) 64頁）。

⁸⁵ 上口裕『刑事訴訟法〔第2版〕』（成文堂、2012年）472頁。

⁸⁶ 三井誠・酒巻匡『入門刑事手続法〔第5版〕』（有斐閣、2010年）264頁。

⁸⁷ 量刑委員会・前掲注7) 16頁。ただし、「量刑偏差ではなく、量刑資料の充実が問題である」と指摘した意見も考えてみる必要がある（尹載允「量刑に関するいくつかの考えと提案」法律新聞（2000年5月18日）[<http://www.lawtimes.co.kr/LawPnnn/Pnnyn/PnnynContent.aspx?serial=46&m=pnnyn2013年6月5日確認>]）。

の方式には問題がある。また、刑事裁判で用いられる量刑条件に関する主張と関連資料は、被告人の供述、被告人が提出する資料（情状関係の供述書など）、司法警察官作成の第1回被疑者尋問調書（例えば、職業、年齢、家族関係、財産程度などが記載された形式的な事項）、犯罪経歴照会書や捜査資料照会書（被告人の前科や前歴）、和解書などがほとんどであった⁸⁸。現在は立法化されているが、上記の被害者参加制度が整っていなかったことを問題として指摘する者もいる⁸⁹。それゆえ、合理的な量刑の前提条件である豊富な量刑資料の収集と取調べに対する改善が求められる。

例えば、ホワイトカラー犯罪、公務員犯罪、一部の性犯罪及び選挙犯罪等において、充実した量刑審理が行われず、裁判所の量刑判断が行為者にとって寛大なものとなり、市民の常識に合致しない量刑判断がなされているものが多くみられる。ホワイトカラー犯罪の場合、2003年から2006年まで大検察庁⁹⁰の中央捜査部が起訴した企業犯罪117件に対する裁判所の宣告刑をみると、執行猶予が言い渡された事件が107件、罰金刑が言い渡された事件が4件で、実刑が言い渡された事件は6件にとどまっている。さらに、2004年以降に裁判を受けた大手企業の取締役15人に対する事例において、いずれも控訴審で執行猶予付きで釈放されたという実例がある⁹¹。また、裁判官を退任してから1年を過ぎてない弁護士が、受任した事件を一裁判部に一括配点して管理する「特定裁判部」制度というが、この制度によって設置された、全国24の高裁・地裁の特定裁判部における2004年から2006年までの配点事件の執行猶予の宣告の割合をみると、平均割合は48.4%で、光州（コウシュウ）地方裁判所78.1%、議政府（ウイジョンブ）地方裁判所65.9%、水原（スウォン）地方裁判所が64.4%、大邱（デグ）地方裁判所が52.9%の順で、主に地方裁判所の執行猶予の割合が高くなっている⁹²。これは2005年の、第1審の全体刑事公判事件の執行猶予の割合である35.4%より13%も高いものであった⁹³。

上記の問題は、検察が求刑をするにあたっては、ある程度内部的基準があった場合、あるいは、内部の決裁手続があるので、ある程度の一貫性があるといえるが、裁判所においては、同じ裁判所内で、類似した事件であったとしても、量刑が異なることもあり、特定裁判部を設けても、量刑に偏差が生じることは、やはり量刑審理を付随的に取り扱われてきたからであろう。

近年では、量刑調査官制度が始まったことが注目されている。これについて、「裁判所が、裁判過程において、裁判所所属の調査官に量刑条件となる事項を収集・調査して提出することを求めるようにして、これを被告人の情状関係の事実とともに酌量

⁸⁸ 尹・前掲注87) 参照。

⁸⁹ 李周炯「韓国の量刑慣行の一般的問題点」量刑委員会専門委員研究資料2（2008年）48頁。

⁹⁰ 日本の最高検察庁に相応する。以下、大検察庁という。

⁹¹ ネイル新聞（2007年6月14日）「大検察庁が捜査した企業犯罪者の実刑率5%」[<http://www.naeil.com/news/politics/ViewNews.asp?sid=E&tid=0&num=343154>]（2013年6月5日確認）。

⁹² 李周炯「韓国に相応しい量刑基準制の争点に対する報告書」量刑委員会専門委員研究資料33（2008年）3頁。

⁹³ 韓国法院行政処『司法年鑑2005』（2005年）50頁。

して刑を宣告したのは正当である」という最初の大法院の確定判決が言い渡されたのである⁹⁴。しかしながら、その量刑調査官が裁判所の所属となるのか検察の所属となるのかで対立しており、いまだ立法化されていないのが現状である⁹⁵。

(2) 執行猶予のジレンマ

韓国においては、執行猶予の問題に関して、主に以下のように議論されている。まず、執行猶予の規定上の問題としては、執行猶予を科し得る範囲が広いことが指摘されている⁹⁶。刑法第62条（執行猶予の要件）によると、宣告刑が3年以下であれば、執行猶予を言い渡すことができ、現行法では、ほぼすべての犯罪の処断刑の下限が法律上の減軽や酌量減軽などを通じて3年以下になり得るので、執行猶予を受けることができることになる。このように、法規定そのものによって、裁判官の裁量範囲が広く設定されており、これを制限できる個々の基準がないため、韓国において執行猶予は、裁判官の裁量による恩恵的な刑罰と考えられるほどである⁹⁷。量刑実務では、執行猶予が数多く宣告されていることによって⁹⁸、例えば、懲役3年の犯罪者と懲役10月の犯罪者との違法性は当然前者が高いが、懲役3年の犯罪者は執行猶予で社会生活を謳歌し、懲役10月の犯罪者は実刑を受けることになるという問題点が生じる⁹⁹。

次に、執行猶予の実務の運用に関する問題が挙げられる¹⁰⁰。例えば、公文書偽造罪の共犯2人がいた場合で、前科をみると、甲は懲役6月の実刑前科で累犯であり、乙は懲役1年・執行猶予2年の判決を受けたが猶予期間は既に徒過していたというときに、今回の事件は罪質が重くないので、乙には執行猶予を言い渡すが、甲は加担程度がより軽くてもやむを得ず実刑を言い渡すということがあり得るのである。ただし、甲の

⁹⁴ 大法院2010. 4. 29. 2010ㄷ750判決。

⁹⁵ 金日秀『妥当な量刑調査の主体や調査方式に関する研究—量刑調査制度に関する比較法的研究を中心に—』（大検察庁，2009年）参照。

⁹⁶ アメリカの場合、その犯罪の刑量が0～6月の間の拘禁刑を言い渡す範囲にある場合のみ、純粋な執行猶予をする。12ヵ月以下の拘禁刑を言い渡す場合には、執行猶予を宣告できず、執行猶予と共同体拘禁の混合刑だけが可能である。拘禁刑の下限が1年以上である場合には、執行猶予の宣告そのものが不可能である（李周炯・前掲注89）33頁参照）。

⁹⁷ 執行猶予をまるで刑が完全に免除される程度の恩赦と感じる認識は「執行猶予の恩典を施してほしい」という常套的な弁論文でよく表れている（趙義衍「21世紀韓国の執行猶予制度—現状と問題点、そして改善案—」刑事政策研究17巻4号（2006年）583頁以下参照）、日本でも執行猶予の要件の寛大さが問題として指摘されている（井田・前掲注3）294頁）。

⁹⁸ 2011年の第1審公判事件の終局処理人員中で10万4,543人が有期懲役や有期禁錮刑を言い渡され、その中に執行猶予が言い渡された人は6万1,891人として全体の59.2%程度である（韓国法務研修院・前掲注34）249頁以下）。

⁹⁹ 量刑委員会の調査結果によると、懲役10月と懲役3年・執行猶予4年との軽重について、一般人の中69.4%、専門家の89.5%で、前者が重いと思っている（量刑委員会・前掲注5）178頁参照、岡上雅美「刑種及び刑量のついで諸基準」ヴォルフガング・フリッシュほか編・前掲注5）202頁）。これに関連して、ある裁判官は「被告人の立場から懲役3年・執行猶予5年より実刑6月が重いと感じるのは本当に皮肉である。これは責任の原則では到底説明できない。」という見解を明らかにした（趙・前掲注97）581頁）。

¹⁰⁰ 日本においても執行猶予か実刑か迷うケースがあり、その点での量刑相場の機能にも限界がある。そのケースについては、原田・前掲注5）44頁以下参照。

刑量は乙の宣告刑（主刑）より大幅に減じられる。

上記の例は、責任原則が守られていない点を明確に表している。すなわち、これらの例は、「実刑と執行猶予の不利益の間隔がとても大きいことも示しており、前科によって短期の実刑が長期の執行猶予よりはるかに不利益となる」ことがあり得るのである¹⁰¹。したがって、このような問題を含め、量刑理論と実務の改善（例えば、一部執行猶予制度等）のための研究が必要である¹⁰²。

（3）韓国における、いわゆる「前官礼遇」の慣行

最後に、韓国の法曹界の慢性的な問題に、前官礼遇の慣行が挙げられる¹⁰³。前官礼遇の慣行とは、特に大法院裁判官、裁判所長、検事長など高位職裁判官・検事が弁護士業をはじめの場合、最初に引き受けた訴訟について有利な判決を下すものである。例えば、全国の高等裁判所と地方裁判所の控訴審の量刑不当を理由とする破棄率は35.8%に至るのであるが、ある新聞社が取り上げた「郷判（ヒャンパン）¹⁰⁴の問題点」の特集をみると、郷判出身の弁護士14名が最後に勤めた裁判所の管轄において開業した後、1年間に受任した刑事控訴審の判決文305件を調査した結果、被害者との和解あるいは被害金の供託など、事情変更の事由があった減刑を含め、事情変更の事由がないにもかかわらず、郷判出身の弁護士は、「量刑不当を理由とする破棄」を受けた判決は51%であった¹⁰⁵。こうした慣行を防止するために改正された1998年の弁護士法によると、裁判官・検事として在職した前官弁護士が、開業後2年間、直前に属していた裁判所や検察庁の刑事事件を受任できないこととなっている。にもかかわらず、そうした慣行は根絶されず、結局、再び2011年に改正が行われた。その内容は、裁判官・検事などが弁護士として開業する場合、退職以前に1年以上勤めた場所での事件を、1年間担当できないというのが主な骨子である。弁護士法の上記改正は職業選択の自由を制限する虞があったことに留意して行われたものであり、禁止期間は1年とされ、当該機関は裁判所や検察庁、金融監督委員会、公正取引委員会及び警察庁などに限定された。しかしながら、刑事処罰条項を置かずには弁護士協会が独自の懲戒処分をする

¹⁰¹ 趙・前掲注97) 580頁。

¹⁰² 日本の執行猶予についての最新研究としては、小池信太郎「量刑理論からみた刑の執行猶予」刑法雑誌52巻2号（2013年）243頁。

¹⁰³ 2013年ソウル弁護士協会が、所属の弁護士761人に「前官礼遇」について尋ねた結果、回答者は「民・刑事裁判で前官弁護士が判決に影響を及ぼす（47%）」と答えた。続いて民事裁判では影響がないが、刑事裁判では影響を及ぼす（25%）、裁判手続上の便宜だけ、判決には影響がない（15%）の順である。前官礼遇が生じ得る段階（複数回答）には、検察の捜査段階（37%）が最も多かった（中央日報（2013年6月12日）「弁護士10人のうち9人前官礼遇相変わらず」[http://article.joins.com/news/article/article.asp?total_id=11775826&cloc=olink|article|default2013年6月22日確認]）。

¹⁰⁴ 地域裁判官制を意味し、「郷判」または「郷判制」とも呼ばれる。全国の裁判所への循環勤務をせず、大田・大邱・光州・釜山高等裁判所などの地方管轄裁判所の中の1つへ赴任して退任するまでの勤務する裁判官制である（大法院報道資料「法官人事制度の革新」（2003年12月3日））。

¹⁰⁵ ハンギョレ新聞（2007年8月2日）「郷判出身弁護士ら控訴審で理由のない減刑51%」[http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/226415.html2013年6月5日確認]。

ことで懲戒した例は極めて少なく、また、その処分自体も軽微なものであることから、その実効性は議論がある¹⁰⁶。

3. 小括

以上、本節では量刑判断の不統一に関して制度上の問題と実務上の問題を検討した。日本と韓国の刑法には、法律上の減軽や免除に関する規定が多く、このような減軽規定を適用する際に、裁判官の裁量が広く認められる状況の中で¹⁰⁷、量刑の中心は結局、裁判官の判断であり、こうした判断には個人の偏差が存在することは否定できない。しかしながら、そうした偏差が合理的な範囲内のものとされるなら、判断の不統一とはいわれないであろう。

一方、日本においても、①法定刑の幅が広く、②任意的減軽・免除を認める規定が多いこと、酌量減刑（日本刑法第66条）を使用すれば、法定刑の下限を意識せず、量刑が決められること、③再犯という理由で、加重（同法第56条、第57条、第59条）が可能であって、④執行猶予の要件が寛大であることから¹⁰⁸、ほぼ同様の制度的な不備があるにもかかわらず、従来、刑事裁判の中で弁護士の経歴や被告人の資力、社会的地位などによる量刑上の問題点は指摘されてこなかった¹⁰⁹。これは、量刑相場といわれる実務及び判例の蓄積が大きな役割を果たしたことによると思われる。

他方、韓国の量刑判断の不統一は、上記の制度的な不備によって裁判官が合理的な量刑判断ができない点や、実務的にも判例の蓄積が乏しい点、量刑理論に対する十分な研究がなされていない点、また韓国の固有の学縁・地縁の癒着の文化による影響など、様々な問題が含まれていると考えられる。そのような問題は結局、日本との状況が異なるため、いくら量刑実務で改善に努めても、制度的問題がまず解決されない限り、その効果が現れにくいと思われる。もちろん、制度改革だけであらゆる問題が解決されるとも思われないのであって、制度・実務・理論のそれぞれが、さらに前進しなければならないといえよう。ある裁判官の言葉を借りれば¹¹⁰、「刑事裁判をめぐる国民の不信、特に『有錢無罪・無錢有罪¹¹¹』、『前官礼遇』のような冷笑的な表現から感じられる冷ややかな見方が、なかなか解消されないようである。裁判所が取り扱う事件の中で、刑事裁判が占める割合は多くても30%を超えないはずであるが、民事や行政事件より刑事裁判に対する国民の不満が大きかったのをみると、ただ裁判官個人

¹⁰⁶ 法律新聞（2013年5月9日）「大韓弁護士協会，23日，前官礼遇根絶のための討議」
[<http://www.Lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=74875&kind=AE01>
2013年6月5日確認]。

¹⁰⁷ 日本も、法定刑の幅が広いので、任意的減軽（または免除）の適用が多い点が指摘されている（井田・前掲注5）294頁）。

¹⁰⁸ 瀧川裕英「量刑権力の説明責任」法律時報78巻3号（2006年）19頁，井田・前掲注5）294頁。

¹⁰⁹ 今井輝幸『韓国の国民参与裁判制度—裁判員裁判に与える示唆』（イウス出版，2010年）参照。

¹¹⁰ 趙・前掲注97）577頁。

¹¹¹ お金があれば能力ある弁護士を選任し、無罪になるだけでなく、無罪ではないとしても、執行猶予により自由をえるなど実刑に服さないが、お金がなければ、そのような弁護士を選任できず、仕方なく実刑に服することになるということを表現する。

の責任とはいえない。我々の刑事司法体系に何か根本的な問題があることではないか自問してみるべきである」。このような見解は、多くの示唆を含むものであるように思われる。韓国においては、こうした現状を解決するため、英米の実証的な量刑基準制に目を向けて、日本やドイツより先に量刑委員会及び量刑基準が作られたのである。また、日本とほぼ同時に施行された韓国の国民参与裁判（日本の裁判員裁判にあたる）においても、裁判員に量刑資料を提示する必要性があるので、量刑基準制の導入は適切であったといえるであろう。

V 結

1. 総括

本章では、韓国における量刑の意義と重要性、そして量刑判断の不統一の問題に関して検討した。検討の対象となった若干の事件に対しては、時間的に限定された状況下でなされたものといえ、量刑の全般に対する体系的な調査結果や研究成果はいまだ十分でない状態であると思われる。

韓国における量刑は、制度上の課題や実務上の様々な点から、困難な問題として認識されてきたが、刑事司法改革という大きな枠組みの中で、2007年に大法院傘下への量刑委員会の設置という転換期を迎えた。その後、2009年の量刑委員会第1期が発表した量刑基準は、韓国量刑論及び実務に少なからぬ影響を及ぼしている。このような量刑委員会の活動は、英米の量刑基準制に基づいて韓国式の合理的な量刑基準を設定し、裁判官、被告人、被害者、そして市民が納得できるような合理的な量刑を実現することに向けられたものであるが、まだ量刑基準には課題が山積している。もっとも、各犯罪群の量刑問題を解決するため、2年という短い時間で多大な努力と研究を凝らした量刑委員会の活動は、大変有意義なものといえる。量刑判断の不統一の問題は、今までの経緯と外国の状況をみればよく分かるように、一朝一夕で解決されるものではないため、「量刑判断の合理化」に向けた努力の一環である量刑判断に対して持続的な研究が必要であることはいうまでもない。

量刑判断基準においては、英米式の量刑基準制を導入したため、英米の研究も進めなければならないが、韓国においては、これからも日本とドイツとの比較研究が必要である。それゆえ、日・韓量刑判断に対する厳密な分析と改善点に関する研究、及び韓国の国民参与裁判と日本の裁判員裁判における量刑判断に関する研究は、なお必要であると思われるから、次章で引き続き検討を加える。

なお、近年、韓国において企業過失犯罪の両罰規定に関して政府を中心に法改正が行われた。法人処罰の根拠及び解釈については、特に過失犯の議論が中心になっており、その議論は量刑判断においても検討が必要であるために、比較法的観点から、法改正に伴う韓国の議論状況を簡単に紹介する。

2. 企業過失犯罪に関する新たな試み—試論と展望—¹¹²

¹¹² 本内容は、拙稿「韓国における両罰規定の改正と法人処罰の根拠—「企業システム過失責任」を中心に—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇42号（2013年）247頁に基づき、その内容を簡略に紹介したものである。過去に示した論旨にはもちろん変更は

近年、韓国では法人処罰に関して両罰規定の改正が行われたが、それに伴い解釈論上の問題が生じており、ここではその問題点を簡略に論じることとする。

韓国では、法人処罰がもっぱら両罰規定によって行われており、その意味では、日本同様に法人の刑事責任論が両罰規定の解釈論と密接な関係をもって発展してきたといえる。韓国の両罰規定は日本やドイツ刑法学における法人の犯罪責任能力を否定する見解に強く影響を受けているので、両罰規定の解釈論に関する議論は真摯に取り組みられてこなかった。そのような状況の中、2007年に憲法裁判所が両罰規定の内容が責任主義に反するとして違憲判決を下したことを受けて、解釈論上も関心が高まっている。その後、韓国政府は、2008年両罰規定（行政刑罰）の修正案を発表して、その案の下に両罰規定の改正作業が行われた。

まず、韓国においても現行法における法人の処罰は両罰規定を通して行われることが一般的である。実際の違法行為者である従業員などを処罰すると同時に、その業務の主体である法人や個人事業主を処罰する両罰規定は、行政刑法¹¹³の領域にかなり多数存在している¹¹⁴。行政刑法が両罰規定を通じて法人を処罰する理由は、社会生活において企業のような組織の活動が重要な役目を果たしている中で、行政法規の命令ないし禁止の違反に対しては、組織そのものに対する制裁措置がそれらの違法行為の効果的な抑制につながると考えられているからである。

ところで、その両罰規定の内容が「法人の代表者あるいは法人や個人の代理人・使用人その他の従業員が、その法人あるいは個人の業務に関して第〇〇条ないし第〇〇条の違反行為をした場合には行為者を罰する外にその法人または個人に対しても当該各条の罰金刑を科する」¹¹⁵と定めるのにとどまる場合、その規定により法人と個人事業主とが従業員などの違法行為についてその管理・監督上の過失の有無と関係なく処罰されるものと解釈する余地がある¹¹⁶。そのように解釈する場合には両罰規定が、法人や個人事業主に従業員などの違法行為について一種の無過失責任を認めることとな

ない。

¹¹³ 行政法規における義務違反に対して刑罰を科すものであり、このような行政法上の義務違反に対して科される制裁をいわゆる行政罰という。そういう意味で行政罰は2つに分けることができる。1つ目は、刑法によって刑名が付けられている罰を示す行政刑罰で、2つ目は通常、過料と言われる金銭罰（いわゆる秩序罰）である。行政刑法とは、広い意味では行政罰に関する法規を総称することだが、狭い意味では行政罰の中でも刑法によって刑名が付与されている罰としての行政刑罰に関する法規を示すのである。一方、行政刑法は、「行政的取締目的のための刑罰手段の借用にすぎないもの」ともいわれる（団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）68頁）。

¹¹⁴ 韓国においては、例えば薬事法第97条、青少年保護法第54条、海洋汚染防止法第77条、環境犯罪の取り締まりについての特別措置法第10条など。日本においては、例えば独占禁止法第95条、労働基準法第121条、消防法第45条、金融商品取引法第207条など。

¹¹⁵ 日本においては、「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、第〇〇条の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して〇〇円以下の罰金刑を、その人に対して同条の罰金刑を科する」と規定されている。

¹¹⁶ 無過失責任説における両罰規定の法人処罰は、責任主義の原則の例外であり、一般予防の見地及び政策上の観点から無過失責任と解されてきた。

るので、その限りでは責任主義の原則に反するものと評価し得る¹¹⁷。憲法裁判所も一連の違憲判決を通じてその点を指摘している。すなわち、「刑事法ないし刑罰に関する基本原理及び憲法が認める法治国家の原理に内在する責任主義の原則を基礎とすると、そのような両罰規定は、法人が雇った従業員などの違法行為に対する法的非難の根拠になる法人の意思決定及び行為の構造として、従業員などが犯した違法行為の結果に対する法人の独自の責任について何らの規定をおかなくても、単純に法人が雇った従業員などが業務について違法行為を犯したことのみを理由にして、法人を処罰することになるので、これは責任主義の原則に違反する」という¹¹⁸。

違憲判決と法律整備案によって改正された両罰規定では、法人と個人事業主とが従業員の業務上の違法行為を防止するためにその業務について相当な注意と監督を怠ったとはいえない場合には、その違法行為を理由として処罰されないという但書がおかれることになった¹¹⁹。そうした個人事業主としての法人などの処罰について以前とは異なる免責条項をおいている両罰規定を「改定された両罰規定」と呼ぶが¹²⁰、この「改定された両罰規定」では法人と個人事業主とがその業務に関する従業員などの違法行為を防止するために要求される注意義務を怠った過失によって処罰される点が明示されたのである¹²¹。

¹¹⁷ 日本は戦前、一般予防の見地から無過失責任とするのが判例・通説であったが、美濃部達吉による過失推定説が主張され、責任主義の見地から、両罰規定は業務主による従業者の選任・監督上の過失を推定したものとし、無過失免責を肯定している。戦後、判例も変更し、最高裁は、昭和32年（1957年）大法廷判決で自然人業務主につき過失推定説を採用した（最判昭和32・11・27刑集11巻12号3113頁）。以降、昭和40年（1965年）判決は、「事業主が人である場合の両罰規定については、その代理人、使用人その他の従業者の違反行為に対し、事業主に右行為者らの選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽さなかつた過失の存在を推定したものであつて、事業主において右に関する注意を尽したことの証明がなされない限り、事業主もまた刑責を免れ得ないとする法意と解するを相当とすることは、すでに当裁判所屢次の判例（…）の説示するところであり、右法意は、本件のように事業主が法人（株式会社）で、行為者が、その代表者でない、従業者である場合にも、当然推及されるべきである」とした（最判昭和40・3・26刑集19巻2号83頁）。それゆえ、両罰規定における法人業務主の責任は、従業者の故意行為については監督上の過失責任、代表者などの機関自身の故意行為のときは法人自体の故意責任ということになる。詳しい説明は、川崎友巳「両罰規定における法人の刑事責任とコンプライアンス・プログラム—「企業システム過失責任」の導入をめざして—」同志社法学50巻3号（1999年）10頁以下参照。

¹¹⁸ 憲法裁判所2010. 11. 25. 2010憲ガ88決定など。

¹¹⁹ 例えば、建築法第112条、関税法第279条第1項、不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律第19条、信用情報の利用及び保護に関する法律第51条、資本市場と金融投資業に関する法律第448条、情報通信網利用促進及び情報保護などに関する法律第75条、出入国管理法第99条の3など。

¹²⁰ 조명환·朴光玟「両罰規定と刑事責任—改定された両罰規定の問題点を中心に一」崇実大学校法学論叢23集（2010年）289頁以下、韓国の両罰規定の性格に関する詳しい説明は、任雄「経済犯罪に対する刑罰的対策」成均館法学初号（1987年）153頁以下参照。

¹²¹ 日本の場合、戦後の一時期、両罰規定に業務主の無過失免責を定めた但書が採用されたことがあった。そこで、それまでに制定されていた但書の存在しない両罰規定とどのような根拠から区別されているのかを説明する必要が生じた。しかしながら、合理的基準が見あたらなかったために、但書の有無にかかわらず両罰規定における業務主の責任については無過失免責が認められ、但書はその趣旨を明確にただけという

韓国では法人の犯罪能力否定説が多数説であるが、両罰規定の改正を受けて、法人の刑事責任を問うにあたって法人の責任能力を正面から論じようとする見解がみられるようになってきている。しかしながら、両罰規定における責任主義の貫徹という観点からすると、免責条項の一括適用という形での改正方法として「改定された両罰規定」には疑問が残る。すなわち、法人や個人事業主が従業員などの違法行為を防止するために注意・監督義務を尽くした場合には、その刑事責任が免除されると考えることでは、いまだ不十分であるように思われるのである。なぜならば、従来、責任主義の視点から行われた両罰規定に対する批判が、もっぱらそのような免責事由が両罰規定に明示されていなかったことを理由とするわけではないからである。

したがって「過失推定説」に立った場合、法人ないし企業における過失の判断基準を明確にしなければならない。また、過失の要素としての法人の注意・監督義務をいかに判断するかが重要である。したがって、法人固有の過失を「企業システム過失」として把握するためには、その前提としてコンプライアンスプログラムのような法令遵守のための管理システムが制度化されていることが要求される。

以上のように、免責条項を追加する形式で改正された両罰規定の刑法的意味を吟味することで、両罰規定の改正が意図する責任主義の貫徹のために要求される解釈論のあり方を検討してきた。このように自然人に対する刑法理論を法人に適用するという困難な課題は、法人処罰の具体的要件を適切に規律するのに必要なだけでなく、企業過失犯罪に関する量刑判断においても、従来の刑法上の諸概念を深化させる契機となるためにも、積極的に取り組まなければならないと思われる。

見解や但書の存在する場合に無過失免責が認められるということは、すなわち、但書のない場合は、無過失免責は認められないという見解が主張された（川崎・前掲注117）14頁参照）。

第三章 量刑責任に関する検討

- I 序
- II 量刑に関する法規範と実務におけるその適用
- III 量刑における責任主義
- IV 量刑判断の構造
- V 結

I 序¹

日本においては刑法上、法定刑の幅が広い、任意的減軽又は免除を認める規定が多い、再犯を理由とする刑の加重が広範に認められている、執行猶予の要件が比較的緩やかであるといった特徴がみられ、また、実務上、裁判所に量刑判断の裁量が広く認められているといった特徴がみられる。刑法解釈論としての量刑論では、しばしば、実務的な観点が先行し、その理論的な基礎づけが必ずしも明らかではない部分が多いといわれてきた。理論的な分析を通じて、量刑判断の基本的な枠組みを可視化し、検証可能にすることには、近時、学説上も関心が高い。

広範な裁量が認められている実務における量刑判断では、しばしば予防的考慮が重視されているが、このような予防的考慮と行為責任との整合性については、十分に論証が尽くされていないきらいがある。量刑論においては、個々の量刑事情の選択（何を量刑事情とするか）、量刑事情の方向性（その事情が量刑を重くするか軽くするか）、量刑事情の重要性の程度（その量刑事情をどの程度考慮するか）が問題とされなければならないが²、①行為責任に基づく犯罪論の責任と、改正刑法草案48条1項ならびに2項において示される量刑事情を基礎とする量刑責任との関係及び範囲については、いまだ不明確な点が残されており、さらには、②量刑判断が犯罪論の最終段階であって、量刑責任においても犯罪の実体的判断を支える諸原則との整合性が保たれなければならないことが、その検討が不十分なのである。

本章では、この点を問題視し、量刑判断に理論上の視座を与えようと試みる。考察にあたっては、まず、量刑に関する法規定と量刑実務を確認した上で（第II節）、量刑事情が犯罪予防的に考慮されている現在の量刑判断において、責任主義の内容がどのように理解されているかについて検討する（第III節）。以上の総論的検討の後に、各論的問題、すなわち、量刑判断の過程、量刑理由の記載、上訴審における量刑審査

¹ 本章は、拙稿「量刑責任に関する検討」中央大学大学院研究年報法学研究科篇44号（2015年）217頁に基づいたものである。観点の偏りや誤解を生みやすい表現があるため修正や加筆を行ったが、過去に示した論旨にはもちろん変更はない。

² 中川博之「量刑に関する評議・評決」判例タイムズ1304号（2009年）82頁、神田宏「量刑と予防」現代刑事法3巻1号（2001年）17頁、城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』（成文堂、2009年）65頁。

基準について検討を加えることで、量刑判断のあるべき構造を明らかにする（第IV節）。

II 量刑に関する法規範と実務におけるその適用

1. 刑法典における刑罰及び量刑に関する規定

(1) 法定刑と量刑規定

日本刑法は、既遂処罰を原則とし、法益侵害を中核とする行為責任主義を採用しており、犯罪類型が抽象的・包括的に定められ、法定刑の幅も比較的広く規定されている。法定刑を定める際の考慮事項につき、最高裁判所は、「刑罰規定は、保護法益の性質、行為の態様・結果、刑罰を必要とする理由、刑罰を法定することによりもたらされる積極的・消極的な効果・影響などの諸々の要因を考慮しつつ、国民の法意識の反映として、国民の代表機関である国会により、歴史的、現実的な社会的基盤に立って具体的に決定されるものであり、その法定刑は、違反行為が帯びる違法性の大小を考慮して定められるべきものである」とするが³、この判示は、ある行為が可罰的と判断された場合、その行為にどの程度の刑罰を科すべきかの量刑判断は、立法において既に始まっていることを示すものであり、「立法者による構成要件と法定刑の確定は、刑量決定の一段階であり、もっとも広い意味での量刑の一部」と考えられる⁴。

一方、法適用における量刑判断は、法定刑の軽重に関する刑法10条から、法定刑に加重・減軽の考慮を加えて得られた処断刑を基礎に、宣告刑を導くという過程をたどる。すなわち、①構成要件及び法定刑を示す規定の適用、②科刑上の罪数処理、③刑種の選択、④再犯加重、⑤法律上の減軽、⑥併合罪処理、⑦酌量減軽（④→⑦は刑法72条による）、⑧宣告刑の決定という過程を経て、最終的な量刑が決定されるのである⁵。上述のように立法においても量刑論が展開されていることに照らしてみれば、従来、刑罰論の観点から考察されてきた量刑責任については、法律上の各種加重減軽事由、刑の執行猶予など刑法典の規定を踏まえた検討が必要となる。まずは、量刑論の前提として、日本における刑に関する諸規定を確認することとする。

(2) 刑の加重減軽事由

加重減軽事由には、法律上の加重減軽事由と裁判上の減軽事由があり、法律上の刑の加重事由には、併合罪加重（刑法45条、同47条）と再犯加重（同56条1項、同57条、同59条）が挙げられ、法律上の刑の減軽事由は、必要的減軽事由と任意的減軽事由に大別される。必要的減軽事由には、心神耗弱の場合（同39条2項）や、中止犯（同43条但書）、幫助犯（同63条）等があり、任意的減軽事由には未遂犯（同43条本文）、過剰防衛・避難（同36条2項、同37条1項但書）、法律の錯誤（同38条3項但書）、自首（同42条）がある。

法律上刑を減軽すべき事由がある場合、①死刑を減軽するときは無期又は10年以上の懲役・禁錮に、②無期の懲役又は禁錮を減軽するときは、7年以上の懲役及び禁錮に、

³ 最判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。

⁴ 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号（1996年）309頁。

⁵ 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2011年）576頁。

③有期の懲役又は禁錮を減輕するときは長期及び短期の2分の1を減ずる，④罰金は多額・寡額の2分の1を減ずる，⑤拘留を減輕するときは長期の2分の1を減ずる，⑥科料は多額の2分の1を減ずる（同68条）。法律上の減輕事由が複数存在する場合でも，減輕は1回に限られる⁶。

また，裁判上の減輕事由として，「犯罪の情状に酌量すべきものがあるとき」には酌量減輕が認められる（同66条）。酌量減輕は，すべての犯罪についても認められる⁷。また，酌量減輕も法律上の減輕と同様の方法でなされ，法律により刑を加重又は減輕する場合でも，それに加えて酌量減輕をすることができる（同67条）。

（3）刑の執行猶予

刑法25条1項によれば，①刑の執行猶予を言い渡す判決の前に禁錮以上の刑を受けたことがない者，②前に禁錮以上の刑を受けたことがあっても，その執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から5年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者が，3年以下の懲役・禁錮又は50万円以下の罰金で処される場合に，情状⁸により執行猶予を付することができる。以前に禁錮以上の刑につきその執行を猶予された者，又は猶予中の者が，さらに罪を犯した場合には，初回よりも執行猶予が許容される要件は厳格になる（同25条2項）。すなわち，①1年以下の懲役・禁錮が言い渡された場合に限り，再度の執行猶予が認められるため，罰金につき再度の執行猶予は認められず，この場合に該当するとしても，②情状に特に酌量すべきものがない。さらに，③刑法25条の2第1項の規定により保護観察に付され，その期間内にさらに罪を犯した者については執行猶予は認められない。

執行猶予の期間は1年以上5年以下の範囲で指定され（同25条1項），その長短は言い渡された刑の軽重に比例する必要はない⁹。執行猶予が取り消されることなく執行猶予期間が経過すると，刑の言い渡しはその効力を失うから，期間満了後に再び罪を犯しても執行猶予の言い渡しは可能であるが，同種の罪を再び犯した場合には，特に情状が重いものと判断され，執行猶予の判断に影響を与える¹⁰。

執行猶予は，①猶予の期間内にさらに罪を犯し，禁錮以上の刑に処せられ¹¹，その刑につき執行猶予の言い渡しが無い場合，②執行猶予の言い渡し前に犯した他の罪について禁錮以上の刑に処せられ，その刑について執行猶予の言い渡しが無い場合，③猶予の言い渡し前に他の罪について禁錮以上の刑に処せられたことが発覚した場合に

⁶ 最判昭和24・3・29裁判集刑8巻455頁。

⁷ 川崎一夫『体系的量刑論』（成文堂，1991年）53頁。

⁸ 情状とは，一般に必ずしも犯罪そのものの情状に限らず犯罪後の状況を総合して，犯情が軽微であること，刑の執行を猶予することによって自主的に更生することが期待できると判断できる情状を指す（大谷實『刑事政策講義〔新版〕』（弘文堂，2009年）187頁）。

⁹ 大判昭和7・9・13刑集11巻1238頁。

¹⁰ 最判昭和29・3・11刑集8巻3号270頁。

¹¹ 禁錮以上の刑を言い渡した判決が確定しなければ取消はできない（最決昭和54・3・27刑集33巻2号155頁）。

は、いわゆる必要的取消として取り消されなければならない（同26条）。また、④執行猶予期間内に、さらに罪を犯し罰金に処せられた場合、⑤同25条の2第1項により保護観察に付せられた者が遵守すべき事項を遵守せず、その情状が重い場合、⑥執行猶予言い渡し前、他の罪につき禁錮以上の刑に処せられ、その執行を猶予されたことが発覚した場合には、裁判所は、裁量的取消として刑の執行猶予の言い渡しを取り消すことができる（同26条の2）。

刑の一部を執行した後に残りの刑期を猶予する「一部執行猶予制度」の創設を盛り込んだ刑法一部改正などが2013年度議会で成立したが、これは、一部執行猶予は実刑と執行猶予の中間的な刑罰で、比較的罪の軽い初犯や、薬物犯などを対象とするものである。当該新制度は、猶予期間に円滑な社会復帰につながる準備をさせ、再犯防止を目指すものであり、3年以下の懲役・禁錮の判決の中で、裁判所が判断し、刑の一部の執行を1年から5年の範囲で猶予する。例えば、「懲役2年、うち6月を2年間の執行猶予」とする場合、刑務所を1年半で出所した後、2年間再び罪を犯さなければ刑務所に収容されることはない。猶予期間中は保護観察を受ける仕組みであるから、保護観察所は対象者に「特別順守事項」として公共施設の清掃や福祉施設での介護補助などの社会貢献活動をするよう義務付けることもあるが、再び罪を犯したり、順守事項を守らなかったりした場合は執行猶予が取り消される¹²。

（4）検討

これらの量刑規定は、量刑責任の判断としての外延を形成するものであり、それゆえに裁判官に大きな裁量を与えるものである。例えば、減輕を規定する刑法68条においても、宣告刑の判断は裁判官に広く裁量が認められており、執行猶予の付与を基礎づける情状の判断も、その基準について刑法典に規定はみられず、裁判官に委ねられている。一方で、日本とは異なり、ドイツ刑法56条では、執行猶予が認められる場合として、「有罪を言い渡される者が、有罪判決だけで既に警告として受けとめ、刑の執行の作用がなくても、将来もはやいかなる犯罪行為をも行わないであろうと期待することができる」場合に、執行猶予が可能である旨規定しており、その際に、「有罪を言い渡される者の人格、前歴、行為の事情、犯罪後の行為者の態度、生活状態、及び、執行猶予によりその者に期待し得る効果」が考慮されるとされており¹³、日本法の規定と比べて、執行猶予の判断基準・考慮事情が具体化されている。

このように裁判官に広く判断裁量が認められている状況にあつては、量刑相場、すなわち、量刑判断における実務上の慣行が重要な役割を担っているといわれており、この量刑相場を通じて、公平な量刑判断を維持しようとしている点に、日本刑法の特徴がみられるといえよう¹⁴。

また、先に触れたとおり、刑法27条の2以下に「一部の執行猶予制度」が盛り込まれるとともに、薬物事犯者に対する刑の一部の執行猶予に関する「薬物使用等の罪を

¹² 法制審議会の答申の概要<http://www.moj.go.jp/content/000025841.pdf>（2014年7月1日確認）参照。

¹³ 訳文は、法務省大臣官房司法法政部編『ドイツ刑法典』（2007年）を参照した。

¹⁴ 只木誠「即決裁判手続と量刑の適正確保」刑法雑誌48巻1号（2008年）33頁。

犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律」が制定されたが、この刑の一部執行猶予制度の導入によって、被告人の自由制限の長期化に繋がる恐れは否定できないものの、従来の課題である「仮釈放のジレンマ」の解消や再犯率の高い期間をカバーする社会内処遇期間の確保¹⁵、量刑の選択肢が増え個人の責任に応じた処罰などが可能になるのではないかと思われる¹⁶。

さらに、刑の加重・減軽・免除事由に関して、韓国刑法は、法律上の規定において、①加重事由に特殊教唆・幫助、減軽事由に聾啞者、過剰自衛行為、不能未遂が含まれ、②刑の宣告猶予、執行猶予に付随する社会奉仕及び受講命令などが言い渡される可能性があるなど、日本刑法とは異なる側面を有しているが、これは、また、日本における量刑判断のあるべき構造を検討する上でも、参考になろう¹⁷。

2. 実務における量刑相場

(1) 量刑相場の存在

裁判官には量刑判断に際して広い裁量が認められているため、処断刑の範囲が広いこととあいまって、同じような罪名、同じような態様によって行われた犯罪であっても、それぞれの量刑はまったく異なるものとなる可能性がある。確かに、裁判とは個別具体的な事情をもとにした判断であって、個々の事件を適切に解決することを目的としているのであるから、その結果なされた量刑がばらつくことは、否定されるべきものではないが、裁判所の判断には、結果の公平性、法的安定性も同時に求められているのであって、同種の罪名・犯罪態様のもとで行われた犯罪については、一定程度、近似した量刑判断が期待される。それゆえ、同種・同質・同程度の行為を内容とする事件に対しては、実務における慣行として、同程度の刑量の刑罰が適用されることが多く、このような慣行は量刑相場として、実務上の量刑判断において大きな役割を担っている。各々の裁判官には、過去の膨大な裁判例の蓄積から形成された帰納的な指針に照らした判断が求められている¹⁸。

量刑相場は過去の裁判例の蓄積から形成されるものであるが、量刑判断において刑が量刑の不均衡を防ぐための重要な役割を果たしていることはしばしば指摘されて

¹⁵ 「仮釈放のジレンマ」とは、従来の仮釈放制度では、十分に保護観察期間が確保できないことや、帰住先や身元引受人が存在し改善更生の見込みの高い者が早期に仮釈放になり保護観察を受け一方、それらに恵まれず出所後の手厚いケアや指導が必要な者は満期釈放となり保護観察が受けられない状況を指す（太田達也「刑の一部執行猶予制度の概要と実施課題」罪と罰51巻2号（2014年）7頁）。

¹⁶ 東山太郎「刑の一部の執行猶予制度の導入について」罪と罰51巻2号（2014年）39頁。

¹⁷ 日本においては、法律上の加重・減軽が原則的な規定として、酌量減軽が例外的な規定として取り扱われているが、韓国においては、その両者は原則・例外の関係ではなく、すべて裁判官の裁量に任せられており、このように法律上の加重減軽と酌量減軽の位置づけが異なることについては、韓国におけるいわゆる不合理な量刑の偏差、不明確な執行猶予基準などといった状況を引き起こす要因の1つとして挙げられる（この点につき、第二章（Ⅲ．2．）を参照）。

¹⁸ 川崎・前掲注7）4頁。

いるから¹⁹、検察官の求刑も量刑相場を構成する1つの要素と捉えることができよう²⁰。求刑とは、証拠調べが終わった後に検察官が事実及び法律の適用についてなされる意見の陳述（刑事訴訟法293条1項）に併せて行う、具体的な刑罰の種類及び刑量についての意見をいい、検察官同一体の原則の下、全国の裁判例をまとめた量刑資料に、地方の検察庁ごとの量刑資料も加味して導かれるものであるから、検察官による求刑は、同種の罪名・犯罪態様の場合、同程度のものとなることが多い²¹。こうして求刑は、量刑ないし量刑相場の地域差や裁判官の個人差を減少させる役割を果たしている²²。また、懲役刑など法定刑に幅のある量刑判断では、通常、量刑は求刑の「2割ないし3割程度低い」ものとなることが多いといわれているが、検察官が執行猶予を求刑した場合には、裁判所は求刑通り判断することが多いとされる²³。さらに、実務においては求刑を上回る量刑はまれであって、求刑が量刑のある種の上限を形成しているともいわれていることから²⁴、検察官の求刑は量刑相場を支える重要な要素であると考えられる。

（2）量刑基準と量刑相場との関係

最高裁判所の判例において、量刑判断に関する一般的基準が示された例は多くはないものの、例えば、起訴されていない余罪を量刑事情として考慮することが許されるかが争われた事案で、最高裁は、「刑事裁判における量刑は、被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものであるから、その量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない」と判示している²⁵。判例においては、憲法上・刑事訴訟法上の諸原則に反しない限りは、捜査や公判を通じて明らかにされたあらゆる事情、例えば、当該犯罪に関する事情はもとより、被告人の情状を推知する資料となる事情が量刑事情となり得るとされているが、学説においては、考慮されるべき量刑事情は、より明確に確立されるべきではないかと指摘されている²⁶。

また、量刑相場が量刑実務において重要な役割を果たしていることは事実であるに

¹⁹ 白井滋夫「論告・求刑」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅲ—公判・裁判（2）—』（日本評論社、1975年）72頁。

²⁰ 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系（第6巻）』（日本評論社、1982年）151頁、只木・前掲注14）33頁。

²¹ 白井・前掲注19）71頁。

²² 岡田雄一「量刑—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社、2002年）485頁。

²³ 原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房、2008年）50頁、松本・前掲注20）150頁。

²⁴ 岡田・前掲注22）485頁、原田・前掲注23）50頁（注55）。近年にも、求刑を超える量刑判断が行われることがみられた（読売新聞（大阪夕刊、2004年10月1日）「女性暴行、求刑超す判決 性犯罪に厳しい姿勢（解説）」夕社会15面、同（東京朝刊、2014年2月26日）「求刑超え 裁判員判決 破棄 東京高裁 懲役6年を5年に軽減」社会38面等々）。

²⁵ 最判昭和41・7・13刑集20巻6号609頁。

²⁶ 城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、1995年）35頁。

しても、量刑の相場が、過去の量刑実務を集計したものにはすぎない以上、そこから導かれた結論、あるいは量刑相場を指針とした判断過程そのものが、刑罰目的などに照らして正当に根拠づけられているわけではないとの批判²⁷、あるいは、明瞭な法的基盤に依拠せず、実務的に蓄積された量刑相場と照合して刑を量定する現在の量刑制度は見直す必要があり、明確な基準のもとでなされた追認可能な量刑によってこそ、全関係者を満足させ、規範の安定性に資することができるといった指摘や²⁸、量刑相場は、いわゆるブラックボックスのようなものであって、内容の分かりにくい、あるいは説明のしにくい基準であるとの疑問も提示されており、量刑相場を基準とした量刑判断には少なからぬ問題がみられる²⁹。

しかしながら、以下のような反論もなされている。すなわち、量刑基準を法律上、一定程度明らかにすることは、確かに、量刑不当が上訴理由とされていない法制度のもとでは有効であるが、日本においては、判例の蓄積による確実な量刑相場が存在し、違法な量刑も含めて量刑不当を理由に上訴が可能であって、比較的上訴理由を広く認めている法制度が採用されていることに鑑みれば、実際には実務的に問題が少ないというのである。また、例えば、かりに量刑基準が法律で規定されていたとしても、これを下回る量刑相場が認められ、かつ、そのような量刑相場に基づいて判断がなされている場合には、法定上の量刑基準は実際的な制約基準として意義が乏しいこと、その内容は観念的であり、量刑を決定するにあたってあまり役立たないことから、量刑基準の役割は、あくまで量刑相場を補充することにすぎなくなるはずであるという³⁰。

(3) 検討

このように量刑相場が量刑実務において重要な役割を果たしてきたことは厳然たる事実ではあるが、その内容には、量刑基準との関係性の点で、問題がないわけではない。実務上も、例えば、実刑か執行猶予かの判断が量刑相場に照らしても明白ではない事案で、特に裁判官が一人で審理を行う単独事件の場合には、結局、どちらを選択するかがその裁判官個人の裁量にのみ委ねられることとなり、両者の差が現実には大きいことからしても、量刑相場の機能に限界があると指摘されている³¹。また、量刑相場は、あくまで標準科刑を探求した上で、具体的な量刑を行うためのものであるが、それぞれの事案には独自の背景・特徴があって、必ずしも適切な類型化が可能なわけではない。近時、学説上も、量刑判断に際して裁判官に認められる裁量について、一般的に裁判官の裁量を狭め、基準としての明白性を担保しようとする観点から、量刑基準論が論じられている³²。

もっとも、裁判官の裁量を狭めようとする場合、量刑相場によって一定程度担保されてきた結果の公平性、法的安定性をも排除することになりかねない。そのような不

²⁷ 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）20頁。

²⁸ 神田・前掲注2）24頁。

²⁹ 松本時夫「量刑の相場について」法の支配126号（2002年）31頁。

³⁰ 原田・前掲注23）5頁。

³¹ 原田・前掲注23）5頁。

³² 城下・前掲注26）1頁、井田・前掲注4）293頁。

都合を回避するためには、裁判官の裁量を担保しながらも、個別の事案に即した適切な裁量判断を行うことが肝要となろうが、その際に、考慮されるべき量刑事情の範囲を定めることが求められる。というのも、裁量が保証され、また他の類似事件の量刑との均衡等を追求する量刑相場を基礎とする裁判官の量刑実務では、例えば、量刑不当を理由とする控訴審の判断や執行猶予を付すか否かなどについては、量刑事情における統一的な判断基準が求められる必要があるからである。あるいは、もっぱら量刑相場に則って量刑判断がなされた場合に、例えば、新しい犯罪類型に対応するために立法化された処罰規定や、あるいは、法定刑が引上げられた規定について問題が生じ得ることから、帰納的な指針とは異なる基準も必要となる。なぜならば、そのような場合の量刑相場はいまだ固まったものではなく、それゆえ、新たな量刑相場を形成していく必要に迫られるが、「相場」という性質に照らすと、この場合には立法の趣旨や「量刑基準」といったものに基づくものにならざるをえないからである。

3. 小括

上述したように、日本の現行刑法典は、種々の犯罪についての具体的な罪の重さの段階づけを裁判所の判断に委ねる形式をとっているが、大きなばらつきのない量刑判断がなされている背景には、量刑相場の存在があり³³、また、量刑相場を支える重要な要素として検察官による求刑があり、求刑・論告の内容は、検察官の公益的観点からの評価・結論を示すものであるから、判決理由に検察官の求刑を記載していることも注目に値する。

量刑相場の特徴としては、①寛刑化、②法定刑の下限集中傾向、③執行猶予言い渡し率の増加³⁴などが挙げられる。量刑相場に関するこれらの特徴は行為者の再犯や更生が判例実務の量刑判断において重視されていることを示すものであろうが、問題点を指摘する者もいる。すなわち、再犯や更生に関する判断は、それが将来に向けた予測であって、かつ、捜査が犯罪事実を中心に行われ、再犯や更生の可能性を示す事実に向けられたものではないことからすれば、犯罪事実に関する判断と比較して、相対的に判断の精度が高いものではなく、また、量刑相場に基づいて再犯や更生の可能性が考慮された上で、刑が決定されることは、被告人に対する判決の感銘力も必ずしも期待されないのではないかというのである³⁵。さらに、「一部執行猶予制度」が創設されるにあたって、実務において被告人に関する特別予防の効果を見極めるためには、より精密な判断が求められるから、例えば、適切な一部執行猶予への移行時期や期間を裁判時に判断できるかといった課題にも今後の検討が必要である³⁶。

少年の保護事件については調査に基づく処遇が行われているが、一般犯罪において

³³ 松本時夫「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」刑法雑誌46巻1号（2006年）9頁。

³⁴ 第1審における執行猶予率を全刑法犯（2012年）についてみると、懲役・禁錮の場合57.5%であり（法務省『平成25年版犯罪白書』を参照）、また、2009年には、懲役の場合56.7%、禁錮の場合は93.6%、罰金の場合は0.2%である（前田・前掲注5）584頁）。

³⁵ 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻（量刑総論）』（判例タイムズ社、2011年）61頁。

³⁶ 太田・前掲注15）9頁。

も、少年の保護事件と同様に被告人の人格、素質、生活歴や予後予測の資料など、量刑に関係する事実を調査し、その報告を裁判の資料とすることが求められているから、判決前調査制度を活用する方法も考えられる。しかしながら、調査制度の導入に否定的な立場もある。その論拠は、アメリカ合衆国やイギリスでは、裁判官が保護観察の内容と執行状況を監督することが多いので、被告人に保護観察を言い渡す際には、詳細な判決前調査が必要となるが、日本では、保護観察は行政処分の1つであるから、一部執行猶予の言い渡しに際して、裁判所に、保護観察の状況を詳細に想定せよと要求することはできないというのである³⁷。とはいえ、刑の一部の執行猶予の導入に際し、判決前の調査主体と、保護観察の言い渡し主体、刑の執行主体が異なるのは、少年法上の保護処分でも同様であるから、一般犯罪においても、こうした調査制度の導入が検討されたものの、結局、導入は見送られた³⁸。

以上のことから、法規定及び量刑相場を検討してきたが、このような検討は、量刑における責任主義についての外延の検討に止まるから、量刑相場を基礎とする量刑判断について検討するためには、量刑責任の内実を明らかにしなければならない。すなわち、行為責任と予防的考慮との整合性にかかる検討が不可欠である。そもそも量刑責任とは何かについて論じなければならないであろう。

III 量刑における責任主義

1. 行為責任と量刑責任との関係

(1) 量刑における責任主義

量刑論に関する学説は、量刑判断の基本原則について、これまで見解の一致をみていないが、刑罰論の中では、責任に応じた刑罰という原則が一般に承認されており、ここにいう責任の内容については学説内で相違がみられるものの、この原則が刑罰の最終決定段階である量刑論においても妥当することに疑いはない³⁹。この原則からは、さらに、「罪刑均衡の原則」、「刑法の謙抑性」、「責任主義」といった一般原則が導かれる。

「罪刑均衡の原則」、あるいは「比例原則」によれば、刑罰という人の権利を制約する処分においては、刑罰によって達成される目的とその手段である刑罰権の発動の程度とが均衡していなければならないが、これは刑罰法規における罪刑の適正さのみならず、実際の行為者の態度と宣告刑との均衡をも要求する。また、この原則は、刑

³⁷ 今井猛嘉「刑の一部の執行猶予と社会貢献活動:その意義と展望」罪と罰51巻2号(2014年)28頁。

³⁸ ただし、保護観察所が個別の事案において、検察官や弁護人に当該被告人の社会内処遇への適性や、当該被告人が一部執行猶予期間中に利用し得る処遇プログラムや社会資源について助言することは予定されているようである(西崎勝則「刑の一部の執行猶予制度等の概要及びその導入に向けた更生保護における取組」罪と罰51巻2号(2014年)51頁)。

³⁹ したがって、量刑の領域では、責任の概念が犯罪論における責任概念よりも広いと思われる(Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 887, イェシエック・ヴァイゲント著・西原春夫監訳『ドイツ刑法総論』(成文堂, 1999年)702頁)。

罰のみならず、刑事責任が認められない場合に課される強制入院処分などについても当てはまる⁴⁰。「刑法の謙抑性」は、刑罰が人権に対する重大な制約を伴うことから、より制限的でない手段が他にあるときはその手段を用い、刑事法の介入を避けようとする原則であって（いわゆるUltima Ratio）、量刑判断においても、執行猶予の判断基準など、再犯防止のための再社会化の目的として重要な意義をもつ。

責任主義は、一般的に「責任なければ刑罰なし」という表現で示され、犯罪論においては、故意又は過失のない行為や期待可能性がない場合には犯罪成立が否定される、といった形で現れる⁴¹。責任主義は、いわゆる「結果責任」や「団体責任」を制約する原理として機能しており、例えば、結果的加重犯や過失犯、代罰規定の例外化、あるいは両罰規定における業務主の責任の限定などにおいて、重要な役割を果たしてきた⁴²。また、責任主義は立法段階のみならず、量刑理論においても妥当する原則であり、責任主義からの要請として「刑罰は責任の量に比例しなければならない」ことが量刑判断には求められる⁴³。

責任主義は、厳密には、「責任なければ刑罰なし」という刑罰限定機能を強調する消極的責任主義と、「責任あれば刑罰あり」という刑罰根拠機能を強調する積極的責任主義との2つに分けられるが、学説上では、消極的責任主義が多くの支持を受けている⁴⁴。このような分類は量刑論においても妥当し、特に責任の程度を超えた刑を予防目的から科すことができるかという点について、量刑における消極的責任主義からはこれが否定されるが⁴⁵、積極的責任主義からは肯定されることになる。

この点につき、そもそも責任主義は、可罰性の限界を画するものとして歴史的に展開されてきたものであり、そこでは近代的な個人主義・自由主義の思想に基づいて、国家の刑罰権を合理的に規制するという役割が期待されているため⁴⁶、このような歴史的な意義づけに照らしてみれば、刑法における責任主義は、消極的責任主義として理解されるべきであろう。このように、消極的責任主義が量刑論においても妥当するものである以上、量刑論での責任主義の理解も、過度の予防的考慮を制約するための刑罰限定機能を担うものとして理解されなければならない⁴⁷。したがって、責任能力、違法性の意識の可能性、適法行為の期待可能性⁴⁸といった責任要素が認められる場合、

⁴⁰ 高山佳奈子「量刑論の現代的課題」刑事法ジャーナル21号（2010年）4頁。

⁴¹ 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法（第1巻）』（有斐閣，2010年）509頁。

⁴² 城下・前掲注26）110頁。

⁴³ 内藤謙『刑法講義総論（下1）』（有斐閣，1991年）738頁。

⁴⁴ Jescheck, a. a. 0 (Rn. 39) S. 23f., 内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣，1983年）113頁，西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂，2013年）206頁。

⁴⁵ Jescheck, a. a. 0 (Rn. 39) S. 697, BVerfGE 50, 5; 54, 100.

⁴⁶ Claus Roxin, Strafrecht AT. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006, S. 91f. また、刑法がいかなる場合でも行為者の責任よりも重くなってはならないという要請は、ドイツにおいても、責任の程度を超える刑罰は人間の尊厳（基本法第1条）に低触するものとされており、そのために、責任原則は刑罰を限界づける機能の点で憲法レベルのものであるとされている（BVerfGE 20, 323, 331）。

⁴⁷ C・ロクシン著・井田良訳「責任刑法の問題性」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』（成文堂，1984年）249頁。

⁴⁸ ここにいう適法行為可能性は、行為者が規範意識を働かせた場合には、当該の構成要件該当・違法行為に出なかったであろうということの意味する。例えば、事前に「体に有

その存在によって予防的必要性が高まるとしても、量刑責任が重く判断されてはならず、これらの要素が減少あるいは欠如している場合に限って、量刑を軽くするものとして作用するにとどまるのである⁴⁹。

(2) 行為責任

以上のように量刑判断においても、責任主義が妥当することは明らかであるが、責任とはそもそもどのように理解されるべきか。量刑判断における責任主義が、犯罪論上の責任主義から強く影響を受けていることからしても、まずは、犯罪論上の責任の役割について確認しておく必要がある。

刑罰は、財産や自由、ときには生命に対する侵害を伴うものであるが、これらの侵害が許容されるのは、刑罰に「行為者に対する非難」という特別な意味が認められるからである。そのために、刑罰には常に非難という性質が備わっていなければならない。犯罪成立要件上、このことを示すものが責任である。すなわち、構成要件に該当する違法な行為を行った者に、いまだ非難可能性としての責任が欠けている場合には、その者に刑罰を科すことは許容されないのであるから、責任要件こそが刑罰に非難という性質を付与する要件なのである⁵⁰。

この責任非難は、一般に適法行為の期待可能性によって基礎づけられるとされるが、適法行為の期待可能性と責任非難との関連づけは、決定論と非決定論のいずれが基礎とされるかによって、異なる理解に至る。前者からは、不十分な規範意識が行為の原因であったことが展望的に非難され、後者からは、規範意識を十分に働かせて行為を回避しなかったことが回顧的に非難されるのである⁵¹。いずれにしても、適法行為の期待可能性を欠く場合には、構成要件に該当する違法な行為を行った者には非難可能性が認められず、刑罰が科されることはない。

責任非難を適法行為の期待可能性に基づいて考える見解としては、従来、適法行為に出ることが可能であったにもかかわらず、犯罪行為を行ったことに対する道義的非難により責任が基礎づけられるとする道義的責任論⁵²、そして、刑法上で問われているのは道義的な責任ではなく、犯罪を実行したことに対する法的な非難であるとする法的責任論がある⁵³。いずれの見解も、刑罰は教育や治療とは異なる害としての制裁であるから、適法行為の期待可能性に基づく非難（非難可能性）を刑罰の本質とすべきであるという点では一致しており、両者の相違は、非難の内容を道義的な非難に求めるか、法的

害なものを混入した食品を販売してはならない」という禁止規範があったとしても、具体的行為時に、行為者が主観的に適法行為に出る可能性を有していたことが必要である。すなわち、行為者は、体に有害なものが混入されていることを知っていたか（故意）、又は、よく注意すれば気づくことができた（予見可能性）こと、少なくとも過失が必要なのである（西田（編）・前掲注41）506頁）。

⁴⁹ Roxin, a. a. O (Rn. 46) S. 93.

⁵⁰ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007年）181頁。

⁵¹ 山口・前掲注50）182頁。

⁵² 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）258頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）307頁。

⁵³ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）356頁、内藤・前掲注43）742頁、山口・前掲注50）182頁。

な非難に求めるかという点に存在するにすぎない。それゆえ、両見解とも、日本国憲法13条が「すべて国民は、個人として尊重される」としていることから、個人の尊厳を基軸に責任非難を根拠づけている点で異なるものではない。

これに対して、近時、責任非難を基礎づける際に、適法行為の期待可能性に着目しながらも、責任の程度については適法行為の期待可能性のみで決まるわけではない、とする見解が主張されている⁵⁴。例えば、殺人の責任は窃盗より重いが、それは殺人の適法行為の期待可能性が窃盗より大きいためではなく、また、完全責任能力を有している者の適法行為の期待可能性は責任能力が限定されている者よりも大きい、精神に障害のないこと自体がより重い刑事責任を基礎づけているわけではない、というものである。この見解によれば、犯罪事実の認識としての故意、その認識可能性としての過失は、客観的な不法内容を主観面に媒介する責任要素であるという⁵⁵。

行為時に不法が行為者の内面に媒介されていたということは、その者が当該不法を認識した上で、あるいは認識可能な心理状態で行為に出たということであるため、行為時にその者が不法を指向していたこと、すなわち行為に現れた行為者の侵害性を意味するという⁵⁶。この見解によれば、例えば、故意の殺人犯は人の生命に敵対的であり、過失致死を行う者も人の生命を尊重しない主観的態度をその行為によって示しているとされる。

高山佳奈子はこの見解をその他の見解と対比させて、実質的行為責任論と命名しているが⁵⁷、ここにいう実質的とは、単に不法が故意又は過失のいずれかで媒介されていることだけでは不十分で、それがどのように媒介されているのかを問題にすることを示しているのである。例えば、被害が同じであっても、それが単純過失による場合と、重過失の場合、未必的故意の場合、確定的故意の場合、さらには常習犯による犯行の場合とでは、実質的行為責任の程度は異なるものになるという⁵⁸。なぜならば、客観的な不法内容を主観面に媒介する責任要素として、行為者の故意及び過失が求められるから、犯罪の成立には少なくとも過失が必要になり、例えば、過失犯の処罰が客観的不法に応じた過失を前提にしているのであるとすると、行為に現れた行為者の侵害は、故意犯の場合と同様と評価され、故意犯は追加的な主観的要素のみによって過失犯よりも刑を重くすることになるからである。

この見解は、客観的な不法内容を主観面に媒介する責任要素である犯罪事実の認識としての故意、あるいは、その認識可能性としての過失がなければ、行為に現れた行為者の侵害性が認められても、責任は認められない。この見解によれば、単にある行為から一定の結果が発生したからといってその理由だけで処罰することはできないというもので、処罰することができるのは、ある行為から一定の結果が発生した上で、さらに判断力のある人の故意または過失によって引き起こされたものであり、本人の意思・主観に責任を帰し得る場合に限られるというものである。すなわち、この見解

⁵⁴ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣，1999年）53頁。

⁵⁵ Jescheck, a. a. 0 (Rn. 39) S. 420f., 高山・前掲注38) 5頁。

⁵⁶ Roxin, a. a. 0 (Rn. 46) S. 868, 高山・前掲注38) 5頁。

⁵⁷ 高山・前掲注54) 121頁。

⁵⁸ 高山・前掲注40) 5頁。

は、主観的責任の原則という意味を持っており、また、故意でないとしても、最低限過失があることを要求していることから過失責任主義の原則の意味を有するものである。それゆえ、刑を重くするものは実質的行為責任以外にないとされることから、妥当であると思われる。

この責任主義の考え方は、個人責任の原則を重視することに基づいたと思われ、また、日本国憲法では13条において、個人の尊重を保障しています。刑事責任を問う場合には、独立した個人が自ら行った行為として認められる場合のみであり、個人の人格的主体性や自律性の範囲外であれば刑事責任を問わないというところに根拠があると思われる。

それゆえ、この見解によれば、故意犯・過失犯による行為責任の程度、すなわち、各犯罪に相応する責任の幅について、例えば、被害が同じであっても、それが単純過失による場合と、重過失の場合、未必的故意の場合、確定的故意の場合、さらには常習犯による犯行の場合とでは、実質的行為責任の程度は異なるものであるから、従来より客観的に定められることになる。また、量刑責任においても、行為責任と量刑事情を基礎とする予防的考慮に関する評価がより明確な基準に基づいて行われることになる。

2. 量刑判断における「幅の理論」と「点の理論」

量刑判断においては、先に触れたとおり、量刑事情を基礎とする予防的考慮が中心行的に行われているため、行為責任を基礎としつつ責任と予防の二律背反性をいかに解決するかが重要な問題とされてきた⁵⁹。この問題を解決するに際しては、いわゆる「幅の理論」と「点の理論」とのあいだで対立がみられるが、これは本来ドイツでの議論を出発点として展開されてきたものである。一方で、日本においては、既に量刑相場が一定の合理的な量刑判断として認められているので、現実の量刑相場の観点からは、量刑実務の感覚的な側面を量刑理論としてどのように理解し、また、裁判員制度の導入によって裁判員にいかに説明すればよいかのかが当面の課題として認識されている。それゆえに、日本においては、「幅の理論」と「点の理論」の対立は、このような実務的な問題をも踏まえて、参照されなければならない⁶⁰。

(1) 「幅の理論」

現在、ドイツにおける通説・判例であるとされる幅の理論によれば⁶¹、確定した唯一

⁵⁹ Jescheck, a. a. 0 (Rn. 39) S. 879, Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch § § 1-51, Bd. 1, C. H. Beck, 2003, S. 1495ff.

⁶⁰ 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(1)」早稲田法学68巻3・4号(1993年)89頁、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(1)―日独における最近の諸見解の検討を中心として―」慶應法学6号(2006年)11頁。

⁶¹ C・ロクシン著・酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂、1984年)118頁。ドイツの学説及び判例の紹介については、フランツ・シュツレング著・井田良・小池信太郎訳「ドイツにおける量刑―その概要と現代的課題―」慶應法学8号(2007年)123頁、阿部純二「刑の量定の基準について(中)」法学41巻1号(1977年)1頁、Jescheck, a. a. 0 (Rn. 39) S. 880f., Hans-Jürgen Bruns, Das Recht

の責任刑⁶²、すなわち、応報的責任に合致した刑罰は、主観的に認識困難ないし認識不能であるから、責任に相応する刑とは、法定刑の中で一定の幅をもって示されるにとどまるという。また、それぞれの地域の規範意識が考慮されなければならないために、裁判官に裁量を認めることで、実務における量刑判断にも一定の任意性が認められなければならない。この理論によれば、その一定の幅の枠内にある刑量すべてが責任に相当なものと理解されるので、事実審裁判官は、この幅の枠内にとどまる限りで、刑罰の予防目的を考慮して最終的に具体的な1つの刑量を決定することができる。その意味で、幅の理論において、刑罰のもつ予防効が量刑において考慮されることは、あらかじめ想定されているのである⁶³。

日本においても、例えば井田良は、「例えば、一定の状況において『浪費』又は『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」として、幅の理論に親和的な見解を主張している⁶⁴。ただし、刑罰に一般予防効果が認められるとしても、その点を強調して量刑が決定されるのではなく、責任に応じた刑を科することで同時にこの効果が充足されると捉えられるべきであり、特別予防効果についても、同様に、基本的に責任刑を科すことで、既に特別抑止効果が充たされているのであるから、それ以上に特別予防の考慮を取り入れることも可能ではあるものの、そのような予防的考慮は責任刑の枠内で行うべきであるという⁶⁵。

さらに、城下裕二も、同様に責任に応じた刑が一点で決定されることは不可能であるとの理解に基づき、行為責任に幅があることを認めているが、ただし、ここにいう幅とは、刑罰の上限を定める行為責任に応じた刑を示すために許容された概念であって、特別予防的考慮の必要性が低い場合に、幅の下限を下回った責任刑を科すことは可能であると主張する。同様に、阿部純二によれば、予防的考慮から刑を重くするのは責任の幅を超える危険性があるが、刑を軽くすることには、そのような危険性はなく、責任は、刑の上限のみを拘束し、下限は拘束しないという。ただし、その場合に責任刑を下回った刑罰が選択されるのは、法が特別に認めた場合、すなわち酌量減輕、執行猶予、刑の免除などに限られるべきであるという⁶⁶。このように、日本における幅の理論には、量刑の判断に際して、行為責任の程度を責任刑の上限として、行為者に対する規範意識の確認・強化という意味での特別予防的考慮に基づいて宣告刑を決

der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung fuer die Praxis, 2. Aufl., 1985, S. 105ff.

⁶² 責任刑に関する考察として、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—西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として—(1)」法学研究55巻10号(1982年)92頁。

⁶³ 抑制の範囲内での予防(Prävention im Rahmen der Repression)という標語により表現される(Bruns, a. a. O(Rn. 61)S. 105)。

⁶⁴ 井田・前掲注4)312頁(注8)。

⁶⁵ 井田・前掲注4)296頁。

⁶⁶ 阿部純二「刑の量定の基準について(下)」法学41巻4号(1978年)414頁。

定するべきであるとの理解もみられる⁶⁷。

(2) 「点の理論」

これに対して、点の理論によれば、責任刑は具体的に確定されるべきものであり、幅の理論は認識論的な問題と存在論的な問題を混同しているという⁶⁸。ある特定の犯罪者に相応しい刑罰が1つ以上存在するという事は、刑罰が責任に応じて確定されるべきとの観点に照らして、到底、認められず、正当な責任刑というものは1つしかないという⁶⁹。点の理論が主張するには、かりに幅の理論のいうように責任の量が一義的に確定し得ないとしても、そのことから責任刑がそもそも確定した量をもたず、ある程度の大きさをもつ幅の内部を動くものであると推認されてはならない。むしろ、量刑責任判断において必要なのは、「犯罪行為に対する評価の指針を、責任刑で一点の刑量を定めることができるほどに、より精密化すること」なのであると強調する⁷⁰。

さらに、岡上雅美によれば、幅の理論には、「予防判断に対する過大評価」がみられるという。すなわち、「責任刑の判断でさえ、抽象的に幅の形でしか定まらないものが、なぜ予防の判断であれば一点に定まるのか」は明らかではないというのである。加えて、しばしば点の理論に対して、予防的効果が考慮されないとの批判が向けられることがあるが、点の理論を採用したとしても、責任刑が具体的に一点に定まった後に、その具体的な刑量が行為者の再社会化に有害か無害かを判断することは可能であり、この意味で、責任刑を出発点とした上で、特別予防的考慮が宣告刑に修正的に影響することはなお考えられるという⁷¹。

(3) 検討

では、日本の量刑責任判断においては、幅の理論と点の理論のいずれが基礎とされるべきか。まず、幅の理論がドイツにおいて通説・判例となった理由の1つに、同理論がドイツ刑法46条との理論的な整合性を有していることが挙げられる。すなわち、ドイツ刑法46条1項2文は、「刑が、社会における行為者の将来の生活に与えると期待し得る効果を考慮するものとする」と規定しており、刑罰の特別予防効果が考慮されることを明らかにしている⁷²。上述のように、幅の理論は、行為者の責任を基礎としながらも、予防目的をも考慮するものであるため、このドイツ刑法46条の規定に合致する⁷³。

これに対して、点の理論によれば、責任に相応する刑罰は1つしかないために、そこ

⁶⁷ 城下・前掲注26) 136頁。

⁶⁸ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, S. 65f.

⁶⁹ Kaufmann, a. a. 0 (Rn. 68) S. 261, 岡上・前掲注60) 106頁以下。

⁷⁰ 岡上・前掲注60) 108頁。

⁷¹ 岡上・前掲注60) 108頁。

⁷² Hans-Ullrich Paeffgen, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl., 2013, S. 1 807f., 訳文は、法務省大臣官房司法法政部編『ドイツ刑法典』（2007年）参照した。

⁷³ Jescheck, a. a. 0 (Rn. 39) S. 880f.

に予防的考慮による調整は認めがたく、ドイツ刑法46条と調和しないことになる⁷⁴。また、幅の理論は、責任刑の幅の中で予防目的を考慮し得る枠組みを提供することで、刑罰のもつ応報と予防とのアンチノミーを解消しようとしている点で注目を浴びた。すなわち、幅の理論によれば、予防目的の考慮を許容する限界を定めることで、無制限の予防目的の考慮を防ぐことができるとともに、その枠内であれば予防目的が考慮されてもよいとして、予防的効果を考慮する理論的な基盤も提供されている、というのである⁷⁵。ただし、既に確認したように、点の理論からも、ドイツ刑法46条との整合性を図るために、責任に相応する刑は一点に決まると理解しつつも、責任刑の範囲を逸脱しない限りで、点としての刑量を予防目的から修正することは可能であると主張されていた。しかしながら、このように点の理論を解したとしても、どの程度予防目的が考慮され得るのか、あるいはなぜ考慮されてもよいのかは明らかではなく、刑罰目的のアンチノミーを解決するには、いまだ十分ではない⁷⁶。

確かに、幅の理論にあっても、責任刑の上限・下限は必ずしも明確なものではなく、それゆえに、刑罰限定機能を十分に果たしていないとの批判がなされているものの⁷⁷、幅の理論は、例えば、法定刑が示している刑罰の上下限に照らして、罪刑均衡原則に基づいて責任に相応する刑を決めるものであり⁷⁸、刑罰限定機能として、可能な限り法定刑が示している幅を狭める方法で、裁判官の裁量と結果の公平性、法的安定性も同時に満たしながら、責任刑の上下限を形成するのであって、このように形成された責任刑の上限を超えることは許されないから⁷⁹、上記の指摘は適切なものと思われない。さらに、責任刑の範囲においては、酌量減輕、執行猶予、刑の免除などに限って、犯罪抑止及び被告人の再社会化といった予防的考慮が含まれるから、量刑責任が責任刑を下回ることも可能であり⁸⁰、1個の行為に対する責任刑の上限のみを拘束することになる。それゆえ、幅の理論が実務的には広く支持されているようである⁸¹。

以上の観点から、責任には本質的に幅があるものと解され、行為責任は、その幅の上限を示すことにその意義を見出すことができる。また、責任刑の上限を超えない範囲であれば、予防的効果も含めた上での量刑判断を行うことが可能である⁸²。しかしながら、上限を超えない範囲での予防的考慮が許容されるにしても、その予防的考慮の内容、すなわち、予防的考慮の対象となる量刑事情に関しては、なお検討を加える必要がある。

⁷⁴ そもそも、1つしかない正しい刑罰を探し出すことが難しいとされる (Jescheck, a. a. 0(Rn. 39)S. 880), 城下・前掲注25) 91頁。

⁷⁵ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen, 61. Aufl., C. H. Beck, 2014, S. 375, Adolf Schönke, Horst Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., C. H. Beck, 2014, S. 729f.

⁷⁶ 城下・前掲注26) 85頁。

⁷⁷ 岡上・前掲注60) 94頁。

⁷⁸ C・ロクシン著・山田伸直訳「予防と量刑」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂, 1984年) 172頁。

⁷⁹ Jescheck, a. a. 0(Rn. 39)S. 876.

⁸⁰ Roxin, a. a. 0(Rn. 46)S. 93.

⁸¹ 遠藤・前掲注35) 30頁, 原田・前掲注23) 2頁。

⁸² 只木・前掲注14) 32頁。

3. 量刑事情

(1) 行為責任と量刑事情

上述のように、刑法における責任とは非難可能性を意味するが、犯罪者に対して刑罰による非難を加えることが許されるのは、個々の犯罪行為が行為者の意思によって方向づけられている場合に限られる⁸³。責任論において行為責任が前提とされるならば、量刑責任においても、量刑事情を考慮する際に、行為責任に基づいた考慮がなされなければならない。その際、幅の理論によれば、責任刑の上限を超えない範囲での予防的考慮が許容されるのであるが、どのような予防的考慮が行われるのか、すなわち、予防的考慮の内実に関して、例えば量刑事情としての行為者の人格や性格を、量刑責任の程度としてどのように斟酌すればよいのか、犯罪行為後の事情は量刑責任に影響するのか、といった点が問題となろう。

上述のように(Ⅲ. 1. (1))適法行為の期待可能性に基づく責任非難が刑罰の本質であるとすれば、責任の程度を判断する際にも、適法行為の期待可能性の程度が問題となろう。すなわち、適法行為の期待可能性は有無の判断のみならず、程度の判断もある概念であるから、例えば、行為者による具体的な事情に照らして、適法行為の期待可能性が高いこともあり、低いこともある。その意味で、適法行為の期待可能性における強弱の評価は、量刑に影響を与えるものであるが、それは、あくまで行為責任の幅を決めるときに重視されることであり、具体的な非難の程度は、各量刑事情を基礎とすることになる。例えば、同じ犯罪であっても、粗暴な性格をもつ人が普通人なら暴力行為に至らない事情から暴力行為に及んだ場合と、普段おとなしい人が我慢しきれずに暴力を振った場合とでは、後者より前者の方が非難の程度は大きいと一般に考えられるから、情状斟酌されず、前者の方は後者より刑が軽くない。そのような結論は、やはり行為者の性格を考慮して導き出される。それゆえ、行為者の性格や行為者が置かれた環境も、責任の幅の中で一定の範囲で影響を与えるが、行為者事情として刑の減輕の判断に関係する。このような点を考慮しない量刑は、両被告人に対する刑罰の感銘力に影響するため、被告人の再社会化にとっても十分とはいえない。

それゆえ、改正刑法草案48条2項が挙げているような行為者の人格や性格が行為責任に係る量刑事情として考慮されることは、責任刑としての刑罰において許容されるのか、かりに許容されるとすれば、それが刑の軽重の両方向に作用するものであるか、問題となろう。例えば、行為者の性格は、性格責任論や人格責任論では、責任の領域においても考慮の対象となり、責任刑を加重する事情となるが⁸⁴、個別行為責任論では、行為者の悪性格を理由に責任刑を加重することは困難であろう。

では、量刑責任において行為責任を前提とした場合、このような行為者の性格や行為者が置かれた環境といった予防的考慮は、どのように基礎づけられるものであろうか。あるいは、個別行為責任論からすれば、そもそも、どのような要素が、考慮に値する量刑事情として、量刑判断の基礎とされるべきであろうか。

⁸³ 井田・前掲注62) 92頁、城下・前掲注26) 116頁。

⁸⁴ 大谷實「行為責任と人格責任」中山研一ほか編『現代刑法講座第2巻一違法と責任一』(成文堂、1979年) 212頁。

(2) 予防的考慮としての量刑事情

日本の現行刑法典には、量刑事情に関する規定がないが、この点につき、改正刑法草案48条2項は、量刑上考慮すべき事情につき、「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」を挙げており、また、刑事訴訟法248条（起訴便宜主義）は、訴追の必要性を評価するにあたって考慮すべき事情について「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」を列挙しており、これらの規定は、行為責任と予防的考慮に係る量刑事情を検討する際に参考となる⁸⁵。

これらの規定に列挙されている量刑事情は、行為に関する事情、行為者に関する事情、犯罪後の情況に関する事情の3つに大別され、これらの事情が行為責任判断と予防的考慮のいずれの判断とどのように関係しているかが問題となる。

例えば、犯罪の動機は行為責任の程度に影響を与える事情とされるが、この動機には、故意や違法性の意識の強弱を推認させる側面と、動機内容自体の不当性という2つの側面があるとされる⁸⁶。かりに故意や違法性の意識の程度の面で斟酌すべき事情がみられず、動機内容の不当性だけについての判断が行われる場合、その要素が単独で責任の程度に影響を与え得るのであるだろうか。この点については、「動機内容の不当性や、当該犯罪に強い影響を与えた人格的側面は、無視することができない量刑事情」であり、「個別行為責任に基づいて量刑実務が行われているため、人格的側面の考慮は謙抑的な形で斟酌されているが、とはいえ、それらを一切責任刑から排除するアプローチは実務に対する説得力が乏しい」とされる⁸⁷。例えば、遊ぶ金のために強盗をした場合と、他人の保証人となったことから保証債務の履行のために返済資金獲得目的で強盗した場合とを比べると、いずれも、現金を強く必要としている点では同様であるから、故意や違法性の意識の程度は異ならないが、前者が動機内容の不当性が高く、非難されるべきであろう。なぜなら、前者が適法行為可能性が高かったにもかかわらず、罪を犯したからである。それゆえ、この両者を区別するためにも動機内容の不当性が考慮されなければならない。判例においても、「刑の量定については、事実審裁判所において、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況を考察し、特に犯人の経歴、慣習その他の事項をも参酌して適当に決定するところに任されている」として⁸⁸、量刑事情の範囲、方向性について、改正刑法草案48条2項に例示された諸事情を総合して量刑が行われているものと思われる。

それゆえ、被告人の性格・人格面（常習性等）も、犯罪の動機との関係で収集された証拠に関する審理が実際の量刑判断において主なものとされていることからすれば、行為責任に係る量刑事情として判断されるものとなる。例えば、なお、常習性が問題

⁸⁵ 松本時夫ほか編『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2009年）494頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第5巻）〔第2版〕』（青林書院、2013年）60頁〔吉田博視〕、平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会、1968年）80頁。

⁸⁶ 遠藤・前掲注35）11頁。

⁸⁷ 遠藤・前掲注35）16頁。

⁸⁸ 最判昭和25・5・4刑集4巻5号756頁。

になる覚せい剤の自己使用の場合、その前科を重ねるに従い、刑期が格段と長くなる傾向にあるところ、これは、確かに、当該行為者に予防効果の見込みがないことに基づいているようにもみえるが、むしろ、一度刑が科されたにもかかわらず、再び罪を犯したという点で、初犯よりも強い責任非難が加えられると捉えられるべきであろう。

その意味では、常習性は行為責任に係る量刑事情である。常習性のように、行為責任と予防的考慮に係る量刑事情、すなわち、行為者の性格や人格に関する事情は、本来、責任能力や期待可能性の有無ないしは程度を判断する場合において考慮されるものである⁸⁹。もっとも、そのことから直ちに、行為者の人格的事情を考慮して責任刑の軽重を決定すべきであるとの結論が導かれるわけではない。例えば、行為の背後には行為者の人格があるが、人格という事情は不明確であるから、恣意的に判断される可能性が高いと思われる。それゆえ、行為者の人格が責任を重くする方向に向かって評価されることには疑問が残る⁹⁰。

また、上記の判例によれば、犯罪後の状況も量刑を形成する事情となり、さらに、例えば、損害賠償、反省といった犯罪後の状況など責任以外の要素が刑量を大きく左右し得ることを承認すべきである⁹¹、という見解もあるが、犯罪後の状況は行為責任における責任判断の対象とされるべきではない。というのも、あくまで犯罪後の状況は、予防的考慮にあたって、行為者に対する再犯防止及び規範意識の強化の必要性を確定するための一資料にとどまるからである⁹²。このように行為責任に係る量刑事情と予防的考慮に係る量刑事情とでは、量刑判断に対する影響力やその方向性が異なり、それゆえに、その位置づけによって結論に差が出ることから、両者を分けて考える必要がある。

以上のことから、刑の量定にあたっては、確かに、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、社会的影響、犯罪後における犯人の態度などの事情が考慮される必要はあるものの、それらの事情は、予防的考慮に係る量刑事情として、それが行為に現れた限度で考慮され⁹³、かつ、責任を軽減する方向でのみ斟酌されるべきである。

4. 小括

上述のように、量刑判断には、裁判官の裁量的要素が比較的強く認められる。このような裁量は、責任に相応する刑量を判断する際はもとより、予防効果を含めて量刑判断を行う場合にもみられ、しかも、後者の場合では、責任刑それ自体の判断よりも裁量性が強く働くとされている。しかしながら、刑法が責任主義を基礎としていることからすれば、本来的には、量刑責任の理解も責任主義に適合するものでなければならず、とすれば、責任主義と、予防的効果との整合性をいかに保つかが重要な問題となる。この点については、責任主義が量刑論においても妥当するものである以上、

⁸⁹ 城下・前掲注26) 116頁。

⁹⁰ 内藤・前掲注43) 745頁。

⁹¹ 井田良「量刑決定の構造」ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—日独シンポジウム』（成文堂、2011年）110頁。

⁹² 城下・前掲注26) 225頁、240頁。

⁹³ 只木・前掲注14) 32頁。

これは「量刑における消極的責任主義」に基づいていなければならない、すなわち、刑を加重する予防的考慮を制約するための刑罰限定機能を担うものとして理解されなければならないことが本節では確認された。

また、責任に応じた刑罰は必ずしも特定の一点に決定されるものではなく、その責任の範囲に応じて、一定の幅をもっている。ただし、ここにいう幅は刑罰の上限を示すための概念であって、予防的考慮については、犯罪者の再社会化を促すべき社会的責任に基づいて特別予防的考慮が必要になれば、刑を軽くする方向でのみ許容され、また責任刑を下回ることも許される。このような考えは、犯罪の具体的情状に照らして、法定刑又は処断刑の最下限によってもなお刑が重いと判断される場合に、刑法66条にいう「犯罪の情状に酌量すべきものがあるとき」として刑の減輕が行われることも整合的である⁹⁴。

刑罰とは、本来的に、非難という特別の意味が込められた手段によって犯罪抑止及び犯罪者の再社会化を目指すものであり、その目的と手段の両面に応じた複合的性格を有するものであるため、実際の量刑判断では、広範な法定刑の枠を前提に、犯罪事実を中心とした個々の量刑事情の評価を加え、責任刑の範囲内で刑罰限定的な予防的考慮がなされなければならない。

なお、改正刑法草案48条が示す量刑基準については、量刑を具体的な事件における情状全体に対する裁判所の総合的な評価であると捉えるならば、裁判官の裁量権の行使に一定の指針を示すことができるにすぎない、とする見解もあるものの⁹⁵、現行刑法典には量刑事情に関する規定はみあたらないので、上述のように（Ⅲ．2．（2））、これまで量刑実務において、刑事訴訟法248条（起訴便宜主義）とともに、改正刑法草案48条1項、2項を参考にしつつ、①犯罪行為に関する事情、②犯罪者に関する事情、③犯罪後の状況（反省、示談、被害感情など）に分類した上で、諸事情を総合して検討するアプローチが採用されていた。

これについては、近時、量刑事情を、①犯罪の要素たる量刑事情、②行為の違法性・有責性の程度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犯罪後の事情の中で刑事政策的目的の見地から考慮される事情、⑥刑の必要性ないし刑に対する感応性に関する事情の6つに分類する試みがみられる⁹⁶。このような量刑事情の分類方法は、量刑事情ごとに量刑判断に与える影響が異なり得ることからすれば、今後、検討を深める必要があるものと思われる。

以上のように、本節では、予防的考慮としての量刑事情を加えた量刑における責任主義（量刑責任）について学説と実務の議論を踏まえて検討したが、次節では、量刑責任がいかにか具体化されるべきかについて検討する。すなわち、量刑判断はどのような構造を有しているのか、とりわけ、量刑判断の過程、量刑理由、上訴審における量刑審査基準について考察する。

⁹⁴ 大判昭和7・6・6刑集11巻756頁。

⁹⁵ 鈴木義男「量刑の審査」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅳ—上訴—』（日本評論社、1975年）156頁。

⁹⁶ 井田良「量刑理論と量刑事情」現代刑事法3巻1号（2001年）39頁。

IV 量刑判断の構造

1. 量刑判断の過程

(1) 一般的な判断過程

まず、一般的に量刑判断はどのような過程を経て行われるのか。量刑判断は、認定事実に法令を適用し、裁量的減軽及び酌量減軽を併せて取り扱った上で、処断刑が選択された後に、その範囲内で行われるものであるが、ここで、量刑相場と検察官による求刑が、重要な役割を果たしていることについては、既に確認した通りである。

また、量刑は行為責任に基づき、その違法性と責任の程度に応じてなされるものであるから、まずもって犯罪事実に直接的な関係をもつ事情が量刑事情として量刑判断の中核を形成する。例えば、犯罪の種類・罪質は、具体的な量刑責任の大枠を決めるものである。特に、犯罪の種類は罪名によって法定刑が決まることになり、個々の構成要件における犯罪の種類ごとに区別する基準として考えられる。また、罪質の場合は、同一構成要件内であれば、その中で実質的な責任非難の分量に違いをもたらす事情であることから⁹⁷、重要な要素である。例えば、放火罪における現住建造物放火と非現住建造物放火、建造物等以外放火の違いは、同じ放火による結果であるが、構成要件が異なり、重要なのはそれに併せて法定刑が異なることである。また、窃盗罪における侵入盗、万引き、ひったくり等の違いは、同一構成要件内の犯行態様の違いが責任非難の違いにまで至っている例として挙げられる。それゆえ、犯罪の種類・罪質によって、量刑判断の大枠が定められ、その枠の中で、最終的な量刑判断が行われる。

他方で、執行猶予に付すか否かの量刑判断には、実刑のみの刑期の判断とはやや異なった側面が伴う。例えば、合議体での審理が原則とされている法定合議事件の場合、合議体で審議される事案の法定刑自体が重いことから⁹⁸、執行猶予が選択される場面が限られているものの、再犯前科のない被告人の単独事件が法定合議事件となる場合では、執行猶予か実刑かの判断が困難な事案が相当数みられ、このような事例群においては、量刑相場の機能には限界があるとの指摘もなされている⁹⁹。それゆえ、執行猶予を伴う場合の量刑判断過程については別途の検討を要する。

(2) 執行猶予を伴う場合の量刑判断

執行猶予を付すか実刑にするかが選択される事案では、①責任刑としての側面では軽視できない責任の重さがあるが、特別予防の観点からは被告人の再社会化を優先した方が合理的な判断ではないかと考えられたり、②責任刑としての側面はそれほど重大ではないが、このまま社会復帰させた場合に再犯の可能性が否定できず、執行猶予

⁹⁷ 遠藤・前掲注35) 79頁。

⁹⁸ 裁判所法26条2項2号によれば、「死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪（刑法第236条、第238条又は第239条の罪及びその未遂罪、暴力行為等処罰に関する法律（大正15年法律第60号）第1条ノ2第1項若しくは第2項又は第1条ノ3の罪並びに盗犯等の防止及び処分に関する法律（昭和5年法律第9号）第2条又は第3条の罪を除く。）に係る事件」が法定合議事件に当たる。

⁹⁹ 原田・前掲注23) 45頁。

の選択が躊躇されたりする等、判断の困難な事案がみられるという。このような事例での結論の差は、被告人、そして被害者の双方に大きく影響し得る。例えば、具体的には懲役3年・執行猶予5年と実刑10月とを比較した場合に、確かに、刑それ自体は前者が重いために、行為者に向けられた非難は前者のほうが重いとも理解できるが、被告人や被害者からは、執行猶予のない后者の判決のほうが重いと受けとめられることも十分に考えられる。

このように執行猶予の判断が困難な場合では、事案ごとの個別化が求められる。特に上述の①の場合、すなわち、行為者の再社会化が優先されるときには、量刑相場が類型化された比較的容易な事情の集合であることに鑑みると、量刑相場のもつ規範としての力は他の場合よりも弱く、各裁判官がもつ刑罰観が量刑判断に強く影響することが考えられる。それゆえ、上述のように、再犯や更生に関する判断は、それが将来に向けた予測であって、犯罪事実に関する判断と比較して、相対的に判断の精度が高いものではないから、さらに、一部執行猶予制度の導入を契機に判決前調査制度を活用する方法も考えられる。

また、②の場合のように、再犯の恐れを考慮しなければならない問題については、段階的処遇の考え方で対応すべきである¹⁰⁰。例えば、少額のカード詐欺や無銭飲食の場合には、訴因の被害額が比較的低額であるとはいえ、これらの財産犯罪は再犯率が高く、また、覚せい剤の自己使用や単純窃盗等なども常習性が認められる場合が多いために、これらの犯罪においては、段階的に処分を行う必要がある。初犯の場合ではまず執行猶予、再犯の場合には実刑を選択するというプロセスをたどるのが再社会化という明確な基準に基づいた公平な処分であろう。

また、量刑判断において実刑が言い渡される場合、求刑より「1段階ないし2段階低い」刑が言い渡された事例が、実務において約9割近くにみられるのに対して、執行猶予が付された場合には、求刑通りの刑期が選択される場合は約8割にのぼるとされている¹⁰¹。それゆえに、執行猶予が付された場合の刑期の判断についても個別の検討が必要となる。

(3) 執行猶予が付された場合の刑期

この問題については、学説上は、執行猶予の判断と刑期の判断とは別個の問題であって、刑期は責任に応じて定められるのに対して、執行猶予は特別予防の観点を考えて決定されるべきであるから、まず、刑期の判断が執行猶予の判断とは独立に先行して行われ、その後に執行猶予に付すべき情状があるか否かを検討すべきであると指摘されている¹⁰²。

一方、実務側からは、刑期と執行猶予の許否は一体として量刑判断を形成しているのであるから、刑期の判断が優先されるべきとの指摘は、その理由が判然としないとされており、両者の判断は同時に行われるべきである、と主張されている¹⁰³。例えば、

¹⁰⁰ 原田・前掲注23) 46頁。

¹⁰¹ 松本・前掲注20) 151頁。

¹⁰² 川崎・前掲注7) 32頁。

¹⁰³ 遠藤・前掲注35) 80頁。

実刑2年の判決と執行猶予付の懲役2年の判決とでは、量刑判断としてはまったく異なるものであって、それゆえに、刑期の判断と執行猶予の判断は不可分のものであり、それらを切り離すことは不合理的であるというのである。確かに、このような量刑実務からの指摘には、一定の説得力が認められるが、このような学説と実務とにおける主張の相違は、量刑概念の理解の仕方の違いに基づくものであるため、以下のような理解が求められる。

実のところ、量刑には二つの概念、すなわち狭義の量刑と広義の量刑とが区別される。狭義の量刑とは、具体的な事件に適用する刑罰の種類や量を定めることを指すのに対して、広義の量刑には、その刑罰の宣告や執行の可否の決定まで含まれる。ここにいう広義の量刑が法適用の一環として理解されるのに対して、狭義の量刑は、確かに、裁判官の個別的な刑の量定が法に拘束されるという点では法の適用といえるが、刑の量定に裁判官の裁量が認められる以上、裁判官による法形成行為としての側面も備わっている。それゆえに、両者の関係では、基礎となる狭義の量刑が先に決められ、その後広義の量刑が行われなければならないとされ、広義の量刑が狭義の量刑に遡及的に用いられることは許されない。なぜなら、刑の執行猶予を選択した後に、刑罰の程度を全部執行猶予ないし一部執行猶予に可能な程度、すなわち、3年以下の懲役あるいは禁錮にとどめようとする判断は、責任刑の幅を決める前に、特別予防の判断がなされたことと同様に、結論から根拠を導くものであって、理論的な基盤に乏しいといわざるを得ないからである。

(4) 刑の一部執行猶予の場合の量刑判断

上述した執行猶予が付された場合の刑期に関する問題は、刑の一部執行猶予制度の導入とともに、さらに議論が必要であると思われる。

まず、例えば、3年以下の有期刑の言い渡し時に、あらかじめ刑期の一部について1年から5年までの執行猶予期間を定め、同期間は社会内で刑の執行猶予者として過ごすことから、裁判所は、従来の全部執行猶予を言い渡す場合より、実刑から一部の執行猶予への移行時期や一部の執行猶予の期間を判断するため、適切な判断基準が求められる。同制度は、従来の執行猶予制度を補いながら、さらなる再犯減少を目指すものであることから、同制度によって再犯が防止され得る者を適切に選び出すことが可能になり、そのように同制度への適性のある者を類型化するならば、刑の一部の執行猶予に相当する刑事責任がさらに不明確になる。場合によっては、刑事責任の重さと再犯防止への適性については、上記の執行猶予が付された場合の刑期における量刑判断のように論理が逆転される恐れが否定できないからである。

また、例えば、刑の一部の執行猶予が言い渡された場合、保護観察における遵守事項違反による執行猶予取り消しの要件が全部執行猶予よりも厳しくなることは、刑の一部の執行猶予の対象者は刑の全部の執行猶予の対象者に比べ、刑事責任が重いからである。この制度は「被告人の行為責任を踏まえると全部執行猶予の選択は軽すぎるが、全部実刑の選択は重すぎると思われる事案」が対象であるとされるから¹⁰⁴、こう

¹⁰⁴ 今井・前掲注37) 24頁。

した中間的な刑事責任の者に対する量刑の選択肢を広げる役割が求められているように思われる。

同制度は、そもそも実刑が言い渡される被告人に対して、裁判所が予防的考慮として、実刑の一部を執行猶予することであるから、その判断基準には、一部執行猶予に適した刑事責任が考慮されなければならない。例えば、被告人及び被害者の立場からすれば、責任の重さが、全部執行猶予<一部執行猶予<全部実刑のように想定される可能性も否定できないから、予防的考慮によって刑事責任が分けられることについても、検討が必要である¹⁰⁵。

以上の過程を経て行われた量刑判断においては、その合理性を示すためにも根拠が付されることとなるが、この量刑の理由が妥当性を有さない場合には、上訴審における再調査が行われなければならない。では、上訴審において量刑はどのように審査されるべきか。この点につき、量刑理由の判示ならびに上訴審の量刑審査の基準について検討を加える。

2. 量刑の理由

かりに正当な量刑判断過程を経て宣告刑が科されたとしても、被告人にとって量刑理由が不明であれば¹⁰⁶、刑事司法に対する不信感から被告人の改善・更生を妨げてしまうことから、裁判所は量刑理由を示さなければならない。また、量刑不当を理由に控訴がなされた場合に控訴審が原審の量刑の妥当性を合理的に検証するためにも¹⁰⁷、第1審判決では量刑理由を明確に示す必要がある¹⁰⁸。

このような、①当事者、特に被告人に対する説得を図ること、②上訴審における量刑審査の便宜を図ることといった理由の他にも、③被告人の刑の執行及び再犯の裁判において前科の具体的な内容や量刑上考慮した事項を示して参考に供すること、④理由を書くことにより、判断の客観性を高めること、⑤他の同種事件の量刑判断の参考に供することといった理由から、実務上は量刑理由が判文中で記載されることとなっている¹⁰⁹。しかしながら、刑事訴訟法335条は、1項で「有罪の言渡をするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない」、2項で「法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免の理由となる事実が主張されたときは、これに対する判断を示さなければならない」と規定しているにとどまり、量刑理由の明示は法律上の義務として規定されているわけではない。

もっとも、同法44条1項では、「裁判には、理由を附しなければならない」と規定されており、また、刑事訴訟規則35条2項では、「判決の宣告をするには、主文及び理由を朗読し、又は主文の朗読と同時に理由の要旨を告げなければならない」とされているため、前者の附すべき「理由」と後者の告げるべき「理由の要旨」の中には、

¹⁰⁵ 太田・前掲注15) 18頁。

¹⁰⁶ Jescheck, a. a. 0(Rn. 39) S. 882f.

¹⁰⁷ 浅田和茂「量刑基準」前野育三ほか編『量刑法の総合的検討—松岡正章先生古希祝賀』（成文堂、2005年）43頁。

¹⁰⁸ 平野・前掲注85) 198頁。

¹⁰⁹ 原田・前掲注23) 64頁。

量刑の理由が含まれていると解する余地があり、このことをもってして量刑理由の明示を法律上の義務と捉えることができる。

とはいえ、実務において量刑理由の判示は、刑事訴訟法335条を根拠に、あくまでも慣例的に行われているにとどまり、量刑理由を示さずに判決が下される場合も決して珍しいものではない。とはいえ、例えば、実刑と執行猶予のいずれを選択するかが明らかな事例においてみられるように¹¹⁰、そのような場合でも、理由を示すことによって、どのような量刑基準に基づいて判断されたかが明確に示されることになり、それは被告人、検察官、さらに上訴審における量刑審査の便宜を図るにも繋がると思われるため、いずれにしても、量刑理由が示されることが望ましい。さらに、当事者が重要であるとして論告・弁論で強調した量刑事情について、合議体がそれと異なる判断をしたような場合には、その評価を示すことが求められる¹¹¹。

実務上では、量刑理由が記載されないことについて、理由摘示の瑕疵¹¹²を回避するために、刑事訴訟法上は義務づけられていない量刑理由への言及を控えるとの背景事情もあるといわれている¹¹³。しかしながら、最高裁は、かつて「裁判の理由には、罪となるべき事実の外主文の因て生ずる量刑の事由をも示すを妥当とすべきこと勿論である。されば、有罪判決の理由には罪となるべき事実の外犯罪の原因、動機、手段の特殊性、結果の軽重等をも判示するを相当とすべく」と判示しており¹¹⁴、実務においても、重大な犯罪であって刑が重い場合や、犯罪事実から予想される刑罰よりも特別に軽くなる又は重くなる場合、さらに、共犯者間の量刑の差異を説明する必要が認められる場合などには、量刑理由の明示が、刑事訴訟法44条を根拠に、必要とされるとの主張がみられる¹¹⁵。上述したように量刑理由の明示は法律上の義務と解されるべきであって、裁判所の消極的な態度は改善されなければならない。

以上、量刑判断における基準、考慮されるべき事情、その判断過程、そして量刑理由の記載について検討してきたが、ここまででの検討は、基本的に事実審である第1審裁判所を念頭に置いたものであった。日本では審級制度が採用されているため、個々の裁判所はそれぞれ独立して裁判権を行使できるが、例えば、上訴理由には第1審での量刑判断に対する量刑不当も規定されているから、下級裁判所の裁判に不服のある当事者から上訴があったときは、上級裁判所は、下級裁判所の裁判の当否を審査する権限を有する。当該事件に関する限り、上級裁判所の判断が下級裁判所の判断に優先し、かつ、下級裁判所を拘束するため、その意味では、上訴審における量刑審査は、実務上の量刑判断において重要な地位を占めている。次は、上訴審における量刑審査について検討を進めることとする。

3. 上訴審における量刑審査

¹¹⁰ 井上薫『刑事公判の実際』（法学書院，1998年）188頁。

¹¹¹ 中桐圭一「量刑の審査」判例タイムズ59巻23号（2008年）67頁。

¹¹² 河上和雄ほか編・前掲注85）164頁〔中谷雄二郎〕。

¹¹³ 原田・前掲注23）64頁。

¹¹⁴ 最判昭和24・2・10刑集3巻2号155頁。

¹¹⁵ 松本時夫ほか編・前掲注85）937頁。

そもそも、上訴審における量刑判断は、第1審のそれと異なるのであろうか。上訴審の量刑審査について定めた規定は刑事訴訟法にはみあたらないが、上訴審における量刑判断に関する規定として、刑事訴訟法381条は、「刑の量定が不当であることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であって刑の量定が不当であることを信ずるに足りるものを援用しなければならない」と規定し、これに該当する場合、控訴審は同397条に基づき原判決を破棄することとなり、上告審においても、同法411条2号にいう「刑の量定が甚しく不当である」場合には原判決の破棄が認められている。

また、日本においては、原判決の量刑が不当であるか否か（同法381条）、甚しく不当であるか否か（同法411条2号）を上訴審が判断することが可能である点に鑑み¹¹⁶、量刑不当であるか否かを上訴審が判断するためには、結果の公平性、法的安定性も同時に求められていることから、一般的に上訴審が原判決における量刑の当否を審査する際に用いる基準は、第1審が採用する量刑基準と同様な基準でなければならない。例えば、上訴審での量刑判断には、手続法上不利益変更禁止の原則¹¹⁷が働く点からしても、また、同法411条2号によって原判決が上告審において破棄された事例が稀であることからしても¹¹⁸、審級ごとの量刑基準には実務上も相違がなく、すなわち、量刑相場に基づいた量刑判断が統一的に行われているからである¹¹⁹。

ところで、上訴の構造と関連させて量刑審査を検討してみると、幅の理論を基礎にした場合、宣告刑が責任刑の幅の中にあると評価された限りでは、当事者は、量刑不当を理由に上訴を行うことができるにとどまることになる。しかしながら、宣告刑が責任刑の幅を超えて下されたと評価される場合には、当事者は、さらに、法令違反をも主張し得るとも考えられる¹²⁰。この見解によれば、量刑基準は、刑法全体を律する責任主義に服するのであるから、量刑基準に反した場合、それは、同時に責任主義という基本原則に反しているのであって、責任非難を超えた宣告刑は、当該法令適用のあやまりに当たると解されるべきであるというのである。

この点については、量刑審査基準が実体法に属する判断でありながらも、上訴審に認められる権限は刑訴法に服するのであるから、手続法と関連させて検討する必要がある。刑事訴訟法は、前述のように、量刑不当を独立の上訴理由としているが、これは、量刑に関して被告人を救済する手段を独自に確保するためである。とすれば、量刑基準違反を法令違反適用の誤りとして構成する必要はないのではないか。例えば、日本において、事実誤認を独立の控訴理由とするところから、経験則・論理則違反も事実誤認に含めて解すべきであるとされているが、これと同様のことがここでも当て

¹¹⁶ 横山晃一郎「不利益変更の禁止」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅳ—上訴—』（日本評論社、1975年）87頁、91頁。

¹¹⁷ 例えば、控訴審では刑事訴訟法402条が適用され、上告審では、同法414条によって402条が準用される。

¹¹⁸ 昭和48年から平成20年まで11例に過ぎないと報告されている（松本時夫ほか編・前掲注85）1093頁。

¹¹⁹ 林美月子「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」神奈川法学27巻2・3号（1992年）526頁。

¹²⁰ 阿部・前掲注66）406頁。

はまる¹²¹。すなわち、違法な量刑に至らない不当な量刑すら上訴審にて救済される可能性が残されているのであるから、その意味では、責任主義に違反する量刑も量刑不当の範疇に含めて処理することも十分可能であって、法令違反として構成する必要性は乏しい。

そうすると、上訴審における量刑審査基準は、第1審の量刑が責任主義に基づく量刑基準に違反したものであるか否かを審査する基準になり、量刑審査基準は、通常量刑基準と一致することになる¹²²。

4. 小括

量刑判断の過程において、犯罪事実直接的に関係をする事情が量刑事情として量刑判断の中核を形成していることは、上記の通りであり、その量刑事情には、①犯罪の種類、罪質、②犯行の態様、③犯行の結果、④犯行の動機・目的、計画性、⑤共犯事件の場合は、共犯者との関係、加功の程度、⑥その他の犯行に関する事情などが挙げられる¹²³。

このように、量刑事情を前提とする一般的な判断過程においては、特に犯罪の種類・罪質によって、量刑判断の大枠が定められ、その枠の中で、最終的な量刑判断が行われるが、執行猶予に付すか否かの量刑判断は、実刑のみの刑期の判断とはやや異なるといえる。というのも、執行猶予の判断の場合には、被告人に対する特別予防の効果を見極めるために、事案ごとに個別的な判断が求められるからである。例えば、行為者の再社会化が特に優先されるべき場合においては、特別事情によって量刑相場の類型化に当てはまらないことや、また、比較的軽微な犯罪であるが当該行為者に常習性が認められ、再犯の可能性がある場合などについては、段階的処遇の考え方で対応すべきであろう。

特に、執行猶予の場合は再社会化による再犯減少を目指すものであることから、執行猶予によって再犯が防止され得る者の適切な選択が重要となる。ただし、量刑実務において執行猶予への適性のある者が類型化され、そうした類型に当てはまる者が執行猶予相当の刑事責任であったと説明される恐れがあるが、それは刑事責任の重さと「再犯防止」への適性について論理が逆転している、との批判は、上記の通りである。とすれば、両者の判断が不可分であるとする実務側の指摘は、妥当ではない。

量刑理由については、ドイツ刑事訴訟法267条3項は量刑理由を明示する義務を裁判所に課しているが、この点は、日韓両国において、量刑理由の明示を検討するにあたって参考になろう。さらに、量刑理由を記載する際にも、量刑判断は個別事情を考慮するがゆえに、定型的なものではなく、判決文の中でもその内容が複雑になる傾向がみられる。このような傾向も、被告人が量刑理由に納得するための阻害となり得ることから、量刑理由の記載が比較的明確に示されている裁判員裁判と同様に、通常職業裁判官による裁判でも、簡潔で分かりやすい記述が求められよう。

¹²¹ 河上和雄ほか編・前掲注85) 260頁〔原田國男〕。

¹²² 鈴木・前掲注95) 155頁，原田・前掲注23) 90頁。

¹²³ 遠藤・前掲注35) 78頁。

V 結

以上、本章では、日本における量刑責任について、現行刑法典から実務における現状までを概観し、また、犯罪論上の責任と量刑責任との関係及び量刑手続を検討することで、量刑責任の内容を明らかにすることを目的として論じてきた。量刑判断の問題は、量刑責任判断と換言することができ、量刑責任の内容は個別行為責任と行為者量刑事情との関係から明らかにされるべきである、ということにある。

このことと併せて、犯罪の成否の判断にあたって前提とされている責任主義が、量刑論についても妥当すべきであることも確認された。すなわち、責任主義が、犯罪論において、具体的に故意又は過失のない行為や適法行為の期待可能性がない場合に犯罪成立が否定されるといった消極的な形で機能していることに鑑みれば、量刑論においても、過度の予防的考慮を制約するために、刑罰限定機能を果たさなければならないこととなるのである。その意味で、量刑論においても、刑法の謙抑性が妥当しなければならないと、この根拠が責任主義に見出されるものといえる。確かに、現行刑法典には、量刑事情の類型や方向性に関する規定がみられないものの、改正刑法草案48条1項及び2項で示されている量刑事情は、量刑判断過程において、行為責任と予防的考慮に係る行為者量刑事情を検討する際に参考となろう。

量刑判断においては、まず、行為責任には、特に故意と過失においては認識という幅があり、その幅の中で、責任の程度に影響を与える量刑事情、例えば、動機や常習性などのように、故意や違法性の意識の強弱を推認させる量刑事情が行為責任として考慮される。それゆえ、行為責任に基づいた刑罰判断にも幅が存在するから、この幅の中で予防目的も考慮して個別的な刑が導かれることになるが、量刑に一定の幅があるとしても、罪刑均衡の原則からすれば、責任の幅を超えた量刑は当然に許容されない。量刑判断にあたっては、確かに、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、社会的影響、犯罪後における犯人の態度などの行為者事情が考慮されるものの、それらの事情が予防的考慮に係る量刑事情として判断された場合は、それが行為に現れた限度で考慮され、さらに、責任を軽減する方向でのみ斟酌されるべきである。

また、責任評価の不明確性は、目的的に正当化される刑罰によって減少されると思われるので、刑法には、特別予防の考慮から、刑の減輕や免除、保護観察及び執行猶予制度などが予定されているために、責任刑を下回って刑罰が選択されることはなお許容される。

第四章 量刑判断と罪数 —併合罪における併合の利益を中心に—

- I 序
- II 数罪に関する科刑
- III 併合罪における量刑判断
- IV 単純数罪における量刑判断
- V 結

I 序

国家による刑罰を科す権利，すなわち，刑罰権は，犯された犯罪の個数に応じて発生する。1個の犯罪を二重に処罰することは許されないが，2個の犯罪については，時を異にしてそれぞれに刑罰を科すことが可能である。それゆえ，1個の行為が複数の構成要件を実現した場合，あるいは，複数の行為が複数の構成要件を実現した場合には，それらはいかなる関係に立つのかが問われることとなるが（いわゆる，競合論の問題），複数の構成要件間の関係と犯罪の個数を決定し，これに対する処断刑を選択することは，量刑判断において，困難な問題として挙げられてきた。例えば，1度に数人を殺すことと，数回にわたって一人ずつ殺すことには刑法的評価に差異が生じるから，両者の場合に，犯罪の個数はいくつか，関連する数罪の間の関係はどうなるのか，それによって刑罰はどう変化するか，といった問題が生じる。また，刑事訴訟法上は公訴不可分の原則や一事不再理効・二重処罰の禁止¹（憲法39条，刑事訴訟法337条1号）の範囲を論じるに当たっても，刑法上の罪数論が重要な役割を果たしている。それにもかかわらず，量刑論と罪数論，特に数罪との関係性については，主たる検討課題として議論されてきたわけではない。

近時，裁判員制度の導入を契機に，量刑論が重要な課題として再認識されるようになったことから，量刑判断においても，複数の犯罪に対する科刑，特に併合罪の科刑が問題になっていることからすれば，この点における検討は，量刑判断一般を扱う本稿においても不可欠といえよう。したがって，本章では，従来の数罪に関する科刑に関する議論を踏まえつつ（第II節），判例に基づいて，量刑論における数罪に関する科刑の問題を検討する（第III・IV節）。

II 数罪に関する科刑

1. 前提的考察

¹ 二重処罰の禁止を実体法上の原則として理解する見解もある。例えば，犯罪事情が1つしか存在しないにもかかわらず，複数の刑罰法規を適用することは，憲法39条の二重処罰の禁止に反する，とされる。（町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（有斐閣，1990年）418頁）。

行為が1個か複数かという区別，すなわち，観念的競合と実在的競合を区別する思想は，古く中世にまで遡ることができる²。ローマ法では，今日における刑法上の競合論に関する問題は民事訴訟の訴権によって解決され，各法律違反のそれぞれに個別の訴権が認められていたのである。それゆえ，各法律違反が複数の行為によって生ぜしめられたかどうかは問題とならなかったので，「犯罪の数だけの刑罰（quot criminal, tot poenae）」の原則が維持されていたとされる³。

その後のヨーロッパ法学の中では，「個々の犯罪には個々の刑罰を科す」という厳格な併科主義が一般的にとられていたが，次第に，それが過酷すぎることから，観念的競合の場合，1個の行為で実現された複数の犯罪については，併科せずに重い刑が軽い刑を吸収するという考え方が生じ，それがドイツ刑法に引き継がれたとされる⁴。

このように，近代刑法は，「一罪・一処罰」の原則の確立を志向してきたといわれており，この原則は，不必要で苛酷な刑罰を回避するという刑事司法における人道主義・自由主義的理念を具体的に表現したものである⁵。例えば，中世イギリスにおいて，一人の反逆者に，「王に対する反逆のゆえに水責の刑，殺人等のゆえに絞首刑，国家的利益侵害のゆえに断首刑，略奪のゆえに四肢切断の刑など」が言い渡された極端な例もあることに鑑みると，その意義は一目瞭然であろう⁶。

このような時代変化に伴い，併科主義は，科刑の処理が簡明であるが，受刑者にとって苛酷な刑を科すことになる場合もあること，有期刑に上限を設けてそれより重い刑は無期刑とする趣旨にも反すること等の批判が加えられた。一方，吸収主義については，刑の謙抑性には合致するものの，複数の犯罪の中で，いったん重い罪を犯すと刑の上限が決まるため，より軽い罪に対する刑罰評価が軽視され，刑法における犯罪抑止力が失われること，一罪を犯した者も数罪を犯した者も同一刑で処断されるという不均衡が生ずること等の短所が指摘されていた。そこで，折衷的見解として，複数の行為が複数の構成要件を実現した場合には，数罪のうち最も重い罪の刑に一定の加重をしたものを全体の処断刑とする立場，すなわち加重主義への推移が歴史上みられたのである⁷。これは，多くの場合，一罪を犯した場合よりは重く，併科よりは軽く処罰するという帰結をもたらすもので，犯罪と刑罰の均衡の見地から，刑罰の合理的な限界を画そうとするものであると評価されている⁸。それゆえ，加重主義に基づいた併合罪の効果は，数罪における刑の量定にあると思われる。

2. 犯罪の個数に関する規定

罪数の規定においては，旧刑法は，フランス法の影響を受け，第七章数罪俱発の下，「重罪軽罪ヲ犯シ未タ判決ヲ経スニ罪以上俱ニ発シタル時ハ一ノ重キニ從テ処断ス

² 只木誠『罪数論の研究〔補訂版〕』（成文堂，2009年）1頁。

³ 只木・前掲注2）3頁。

⁴ 只木・前掲注2）4頁，6頁，10頁。

⁵ 只木・前掲注2）12頁。

⁶ 奈良俊夫「社会の処罰感情と法理論」白門56巻1号（2004年）28頁。

⁷ 前田雅英ほか編『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂，2013年）194頁，只木・前掲注2）15頁。

⁸ 奈良・前掲注6）28頁。

（100条1項）」として吸収主義を採用していたが、現行刑法は、ドイツ刑法の影響を受け、確定裁判を経ていない数罪を併合罪とし（刑法45条）、それらの処断につき、①死刑・無期刑に関しては吸収主義（同46条）、②有期刑に関しては加重主義（同47条）、財産刑に関しては併科主義（同48条）を採用している⁹。

また、複数の犯罪につき併合罪の関係が認められる場合には、1回の裁判で統一的に処断する形での処理と、別個の裁判でそれぞれの犯罪ごとに刑を言い渡す形での処理とに分けられる。統一して処断する場合においては、犯罪ごとに、法定刑に再犯加重（同57条）・法律上の減輕（同68条）を行って得られた処断刑（同72条）を基礎として、刑の種類を選択し、その組み合わせに応じて同46条・47条・48条・49条・53条に従って刑を言い渡す¹⁰。また、併合罪について2個以上の確定判決があった場合における刑の執行に関しては、同51条によって処理される。1項本文では併科執行の原則を定めているが、但書でその例外を定めており、さらに、2項では有期懲役又は禁錮の執行に関する制限を定めている。これは1個の裁判があった場合と比較して、均衡上被告人に不利益な場合が生じ得るため、刑の執行段階でこれらをできるだけ調整しようとしたものである¹¹。

なお、複数の犯罪であっても、それらが1個の行為によるものであるときは、観念的競合として、また、それらの間に手段・結果の関係が認められるときは、牽連犯として、いずれもそのもっとも重い刑により処断される（同54条1項）が、この科刑上一罪の認定は、上記の①～③の処理に先行して行われることになる。また、併合罪と類似するものの、理論上一罪として扱われるものとして、包括一罪がある。包括一罪とは、複数の法益侵害事実が存在するが、1つの罰条の適用によりそれを包括的に評価し得る場合であり、例えば、同一構成要件的行為が同一の法益に向けて場所的・時間的に接近して行われる場合（接続犯）や、営業犯のように、構成要件上複数の同じ行為が行われることが想定されている場合（集合犯）などが挙げられる¹²。

3. 罪数の効果

(1) 実体法上の効果

上記の罪数規定において重要なポイントは、どのような犯罪が成立するかを定めるとともに、処断刑の範囲を決するという点にある（他に刑の加重減輕事由が存在しない場合）。

まず、確定裁判を経ていない罪が1個しか存在しない場合は、①原則として、その法定刑の範囲内で宣告されるが、②その罪を犯した後に他の罪について禁錮以上の刑に処する裁判が確定したときは、刑法45条後段の併合罪の関係にあるとされ、確定裁判を経ていない罪のみが処罰の対象となり、その法定刑の範囲内で宣告され、確定裁

⁹ 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法第1巻（1条～72条）』（有斐閣、2010年）721頁〔伊藤渉〕。

¹⁰ 西田典之ほか編・前掲注9）723頁〔伊藤渉〕。

¹¹ 前田雅英ほか編・前掲注7）201頁。

¹² 西田典之ほか編・前掲注9）707頁〔山口厚〕。

判に係る刑との間で執行の面での調整が行われる¹³。

次に、確定裁判を経ていない罪が複数存在する場合、①それらが科刑上一罪の関係にあるときは、最も重い罪に対する刑をもって一罪として処断された上、1個の主文が宣告される（同54条）。②それらが科刑上一罪の関係になく、かつ、その間に禁錮以上の刑に処する裁判の確定がないときは、同45条前段の併合罪の関係にあるとされた上、いずれも有期刑であれば最も重い罪に対する刑の長期にその2分の1を加えた刑（併合加重）の範囲内で、また、いずれも罰金刑であれば各罪の罰金の多額の合計以下でそれぞれ処断されて、1個の主文が宣告される。③確定裁判を経ていない数罪の間に他の罪について禁錮以上の刑に処する裁判が確定したときは、確定裁判の前に犯した罪とその後に犯した罪とは併合罪の関係に立たないとされ、複数の刑が単純に併科されて複数の主文が宣告されることとなる。その場合、確定裁判の前に犯した罪については確定裁判に係る刑との間で執行面での調整が行われる¹⁴。

（2）訴訟法上の効果

罪数規定の適用範囲は実体法上にとどまらず、訴訟法上にも適用が及ぶ。それは実体法上の一罪を基準として、①二重起訴の禁止の範囲、②訴因変更の限界、③一事不再理効の及ぶ範囲が決められるという点にあるが、それ以外にも、④公訴時効の起算点、⑤捜査段階における一罪・一逮捕・一勾留の原則の適用の有無、⑥訴因の特定の有無等に関しても、一罪か数罪かということによって違いが生じる¹⁵。

このような訴訟法上の効果の中で、一事不再理効の及ぶ範囲については、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるが実体的には1つの常習特殊窃盗罪を構成する場合と前訴の確定判決による一事不再理効の範囲について、旧高裁判例¹⁶を変更し、後訴に及ばないとした判決がある¹⁷。

4. 検討

刑法は、上記のように、同一の行為者が複数の犯罪を実現した場合の処理について規定している。まず、刑法45条前段において、確定判決を経ていない複数の罪を併合罪の関係に立つものとした上で、条文上、これと異なる扱いをすべきものとされる場合（法条競合・包括一罪・科刑上一罪・単純数罪）以外について、同46条から53条の規定にしたがって処理することとなっている。このように、併合罪は、同一の行為者につき確定判決を経ていない複数の犯罪が認められる場合における処理形態であり、かつ、その処理の仕方については、それぞれの犯罪に適用され得る刑罰の種類に応じて規定されているのである。さらに、併合罪の場合においては、複数の犯罪につき、一般的には同時審判により一個の判決が言い渡されるものの、別個の判決を言い渡すことも認められている点に特徴がある。この点において、一個の判決を言い渡さなけれ

¹³ 前田雅英ほか編・前掲注7) 183頁。

¹⁴ 前田雅英ほか編・前掲注7) 183頁。

¹⁵ 前田雅英ほか編・前掲注7) 184頁。

¹⁶ 高松高判昭和59・1・24判時1136号158頁。

¹⁷ 最判平成15・10・7刑集57巻9号1002頁。

ばならないこととされている法条競合・包括一罪・科刑上一罪や、逆に複数の判決を言い渡さなければならない単純数罪と異なるのである。

ここで、併合罪の科刑上の扱い、さらにはその前提として、併合罪というものの理論的性格について検討を加えることが必要であると思われる。一方では、実務上、包括一罪・科刑上一罪の場合のいずれに該当するかによって手続き上の扱いが異なるが、一部につき確定判決を経ると、残余に一事不再理効が及ぶという重要な意義を有することから¹⁸、併合罪と包括一罪・科刑上一罪の区別基準は、罪数論の分野において重視されてきたのに対して、他方では、併合罪の科刑上の扱いについては、必ずしも重要な問題として考えられてこなかったように思われる。確かに、この点に関する議論が少なかったことには、①刑事裁判においては宣告刑の大部分が処断刑の下方に集中していること、②特に同47条所定の有期刑の長期の加重により、本来の法定刑を超える刑を言い渡すことがあまりなかったこと、また、③併合罪の場合をも含めた量刑相場が事実上確立しているといった理由が挙げられる¹⁹。

しかしながら、現在においては、この点に関して、併合罪関係にある複数の犯罪についての科刑基準をめぐって、重要な判例が相次いで現れたことから、実務のみならず、理論上においても議論が散見されるに至っており、複数の犯罪に対する科刑のあり方について、以下で詳細に検討することとする。

III 併合罪における量刑判断

1. 併合の利益

併合罪の処断については、併科主義、加重主義、吸収主義があるが、刑法は、加重単一刑主義を採用しており²⁰、原則として最も重い刑の長期にその2分の1を加えた刑期（ただし、各罪の刑の長期の合計を上限とする）を処断刑とする。それゆえ、刑法45条前段の併合罪関係にある複数の犯罪については、個別に刑を科すことも、併合して刑を科すこともあり得るが、併合して刑を科す場合には、併合罪処理を施した処断刑の範囲で刑が宣告されることになる。また、これらがともに有期刑の場合には、その処断刑は、個別に刑を科すときの各処断刑の範囲を合算したものよりも軽くなる。加重主義の趣旨は、吸収される場合よりは重く、併科よりは軽く（いわゆる減輕主義）

¹⁸ 辻本典央「科刑上一罪の処断刑」近畿大学法学58巻4号（2011年）33頁。

¹⁹ 伊藤渉「併合罪の科刑についての考察」東洋法学53巻1号（2009年）68頁。

²⁰ 加重主義には2種類の方式があり、その1つは法定刑の加重で、各罪の法定刑に基づき一定の算定基準に従って加重をして形成される刑を処断刑とするというものであって、加重単一刑主義と呼ばれる。刑法47条は、この方式を採用したものである。他の1つは、宣告刑の加重（総合刑加重主義）ともいうべきもので、各罪についてそれぞれ刑を量定した上、その中の最も重い刑に一定の加重するもの（ただし、15年を超えてはならない）をその数罪の刑として宣告するのである。ドイツ刑法54条1項がこの方式を採用している（Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch § § 52-79b, Bd. 2/1, C.H. Beck, 2005, S. 98ff., Claus Roxin, Strafrecht AT. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 4. Aufl., 2003, S. 839, 曾根威彦「併合罪加重における罪数処理—新潟少女監禁事件最高裁判決を中心として—」現代刑事法54巻10号（2003年）50頁（注4）、クラウス・ロクシン著・山中敬一監訳『ロクシン刑法総論第2巻[犯罪の特別現象形態]翻訳第2分冊』（信山社、2012年）465頁）。

処罰するところにある²¹。実務上でも、個別に刑を科して併科されたときよりも軽くなるとされている（いわゆる併合の利益）²²。

従来、この併合の利益が認められる理論的根拠においては、①動機、態様・手口等の重複する違法要素を二重に評価することになる、②犯罪ごとに重複する責任非難を二重に評価することになる、③一般予防、あるいは特別予防（前科その他の行為者側の事情など）に関する要素を二重に評価することになる、④自由刑においては個々の犯罪行為に相応しい刑を加算した以上の苦痛を被告人に与えてしまうことになる、といった説明が行われてきた²³。この中でも、複数の犯罪を併合するとき、一般予防、あるいは特別予防に関する刑罰の社会的必要性の低下が生じ、それを併合の利益という見解には強い説得力が認められる。というのも、個別の犯罪ごとに刑を合算して量定すると、社会的な必要性を超えて過剰な刑罰を加えることになり、個別の刑罰に期待される予防的効果には重複があるからである²⁴。ただし、この見解には、刑罰に期待される予防的効果の評価の対象を犯罪行為としているのか犯罪者としているのかが不明確な点がある。しかしながら、少なくとも、併合の利益とは、刑の併科による苛酷な結果を緩和するという刑期の長さだけに関係するものではなく、複数の犯罪において重なった行為者要因を統一的に評価することにより行為者に向けられる予防的考慮が二重に評価されないように責任が減輕されるものと理解すべきである²⁵。

ただし、刑法は、有期刑の場合に加重主義を採用しているが、これは併合罪の関係に立つ各罪を同時に審判した場合に適用があるのであって、個別に審判したときは併科主義と同一の結果が生じるという手続上の問題があることに注意を払わなければならない²⁶。例えば、刑法50条の適用は、複数の罪が併合罪の関係にある場合であって、その一部のみについて判決が確定している場合、すなわち、余罪について更に処断する場合における処断の基準については定めていない²⁷。実務上は、余罪の量刑にあっては、それのみを単独で裁判する場合と同じように刑を量定するのではなく、確定裁判を受けた罪と余罪とが同時に裁判を受けた場合における量刑（統一刑）と均衡を失しないようにされている²⁸。すなわち、確定判決を経た罪に対する刑を控除して余罪

²¹ 曾根・前掲注20) 45頁。

²² 長井秀典「数罪と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻（量刑総論）』（判例タイムズ社、2011年）281頁、前田雅英ほか編・前掲注7) 194頁、只木・前掲注2) 10頁。

²³ 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』司法研究報告書63輯3号（2012年）73頁、長井・前掲注22) 283頁。

²⁴ 長井・前掲注22) 284頁。

²⁵ このような併合の利益に関する見方の論拠は、本章（Ⅲ．3．）において詳細に検討を加えたものを参照。

²⁶ 松本時夫「併合罪と刑の量定について」研修667号（2004年）26頁。

²⁷ ドイツの場合には、ドイツ刑法55条と刑事訴訟法460条によって併合罪の事後的形成の基準が示されている（Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 726f., イェシエック・ヴァイゲント著・西原春夫監訳『ドイツ刑法総論』（成文堂、1999年）572頁）。

²⁸ 札幌高判昭和29・11・11高等裁判所刑事判例集7巻10号1582頁、東京高判平成4・2・18判タ797号268頁、前田雅英ほか編・前掲注7) 200頁、西田典之ほか編・前掲注9) 737頁〔伊藤渉〕。

の刑を加えるという追加刑の趣旨で量刑するのが通例であるとされているのである²⁹（いわゆる余罪における併合の利益）。

しかしながら、例えば、数件の強盗強姦、強盗殺人等の凶悪犯では、併合罪の関係にある複数の犯罪を個別に量刑した場合には無期刑又は死刑が相当とされない場合であっても、これらが併合して審理・判決されることにより、無期刑又は死刑が宣告されることもあるから³⁰、併合した方が重くなる場合もあり得るため、一律に併合の利益があるとはいえない。また、併合して処断されることにより刑の種類が重くなる場合など、個別に処断されるときよりも刑が重くなることもあり得る。さらに、最判平成15年7月10日刑集57巻7号903頁（新潟女性監禁事件の上告審）によれば、刑の種類に変化がない場合であっても、併合して処断される方が重くなることもあり得るとされている。

このように、併合罪の関係にある複数の犯罪を併合して処断する場合は、特に量刑判断にあたって、これらを個別に量定するときと異なる判断がなされるため、その根拠について検討を加えることにする。

2. 複数の犯罪を併合する場合の科刑

併合罪の関係にある複数の犯罪につき、有期刑を選択すべき場合の科刑のあり方が問題とされた判例としては、併合罪の関係にある複数の犯罪を全体的に量定するか個別的に量定するかについて、刑法47条の法意が問題とされた事例がある。また、併合罪の関係にある複数の犯罪につき、無期刑を選択することの当否、すなわち、同46条の法意が問題とされた事例もみられる。あるいは、併合の利益と余罪の考慮として、同50条の法意について、確定裁判を受けた罪と余罪とが同時に裁判を受けた場合における量刑と均衡を失しないようにするための処断の基準を示した事例があるので、まず、これらの事例を検討する。

(1) 最判平成15年7月10日刑集57巻7号903頁

本事案では、第一に、当時9歳であった被害者女児を略取し、自宅に9年2ヵ月にわたって監禁し、筋力低下、骨量減少等の傷害を負わせた行為、第二に、略取後7年10ヵ月の時点で、被害者に着用させる目的で、女性用下着4枚を店から窃取した行為が問題となった。この場合、未成年者略取罪と逮捕監禁致傷罪とは観念的競合の関係にあることから、これらは重い逮捕監禁致傷罪の刑で処断されることになり、これと窃盗罪とが併合罪の関係に立つことから、刑法47条により、被告人は3月以上15年以下の懲役をもって処断され得ることになる。

第1審は、「本件の処断刑になる逮捕監禁致傷罪の犯罪には特段に重いものがあるといわざるを得ず、その犯罪に照らして罪刑の均衡を考慮すると、被告人に対しては、

²⁹ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第3版）第4巻』（青林書院，2013年）280頁〔中川武隆〕，鹿野伸二「刑法50条（確定裁判の余罪の処断）における量刑について」『新しい時代の刑事裁判：原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ，2010年）570頁，長井・前掲注22）302頁。

³⁰ 最決平成19・3・22刑集61巻2号81頁。

逮捕監禁致傷罪の法定刑の範囲内では到底その適正妥当な量刑を行うことができない」として、被告人に懲役14年の刑を言い渡した³¹。これに対して控訴審は、第1審は同47条の解釈適用を誤ったものとした。すなわち、「併合罪全体に対する刑を量定するに当たっては、併合罪中の最も重い罪につき定めた法定刑（再犯加重や法律上の減軽がなされた場合はその加重や減軽のなされた刑）の長期を1.5倍の限度で超えることはできるが、57条による再犯加重の場合とは異なり、併合罪を構成する個別の罪について、その法定刑（再犯加重や法律上の減軽がなされた場合はその加重や減軽のなされた刑）を超える趣旨のものとするのは許されない」のであるから、本件逮捕監禁致傷罪は10年の限度でしか評価できないとして、被告人に懲役11年の刑を言い渡した³²。

最高裁は、控訴審判決を破棄して第1審判決をその結論において維持した。最高裁によれば、「47条は、併合罪のうち2個以上の罪について有期刑又は禁錮に処するときは、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑とでもいふべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていない」という。

本判決は、有期刑を適用すべき複数の犯罪が併合罪の関係に立つ場合において、これらを統一的に評価して、同47条の処断刑の範囲内で刑を言い渡せば足りるとして、第一審の判断を支持したものである。これに対して、控訴審判決は、個々の犯罪ごとに法定刑の範囲内で評価した上で、全体の量刑が同47条の法意の制限を上回らないようにすべきものとしている。同時に、控訴審判決は、第一審判決については、最も重い罪（逮捕監禁致傷罪）そのものについて同47条本文により加重された責任に基づいて評価することを認めるものであると理解した上で、そのような解釈は誤りであるとするのである。すなわち、本判決は併合罪における量刑評価を全体的に行うべきものとする全体的量定説³³に、控訴審判決は個別に量刑評価を行うべきものとする個別的量定説³⁴に親和的な立場であるといえよう³⁵。なお、同47条本文により、重い罪自体の責任が、併合罪の関係にある余罪の存在により加重されるものとする第一審の理解

³¹ 新潟地判平成14・1・22判タ1095号93頁、判時1780号150頁。

³² 東京高判平成14・12・10判時1812号152頁。

³³ 古江頼隆「併合罪における量刑判断の方法（刑法47条）について判示した最高裁判決（新潟少女監禁事件）」法律のひろば56巻11号（2003年）75頁、松本・前掲注26）28頁、伊藤・前掲注19）88頁。

³⁴ 曾根・前掲注20）47頁、岡上雅美「併合罪の場合における量刑判断の方法—新潟女性監禁事件」法学教室（判例セレクト2003）282号（2003年）30頁、井田良「併合罪と量刑—『新潟女性監禁事件』最高裁判決をめぐって」ジュリスト1251号（2003年）80頁、只木誠「刑法47条の法意」ジュリスト増刊（平成15年度重要判例解説）1269号（2004年）163頁、城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』（成文堂、2009年）50頁、松宮孝明「刑法47条による併合罪加重の方法」法学セミナー587号（2003年）116頁。

³⁵ 永井敏雄「刑法47条の法意ほか—最高裁平成15・7・10第一小法廷判決—」ジュリスト1258号（2003年）172頁、原田國男「新潟女性監禁事件最高裁判決について」現代刑事法68号（2004年）50頁。

は、控訴審判決により斥けられているとともに、本判決においても支持されていない。

本判決については、学説内部で、全体的量定説に基づき本判決を支持するものと、個別的量定説に基づき控訴審判決を支持するものがある。前者の見解によれば、同47条の場合においては、それぞれの罪の法定刑は全体についての処断刑を算出する基礎にすぎず、個別の犯罪の評価基準としての意味を有しない。同47条但書による制限は、別個の手続きで処理された場合（同50条・51条）との不均衡を回避するためにおかれたものであるが、個別的量定説によるならば、そのような但書は無用になる³⁶。これに対して、後者の見解によれば、複数の犯罪が認められる場合であっても、本来はそれぞれの犯罪ごとに責任を定めるべきであることには変わりがない。ただし、同47条の場合においては、加重主義が併科主義による刑の過酷さを緩和するものとして登場したものであるという、歴史的意義から、最も重い罪の1.5倍という上限を設けることにより、行為者に併合の利益を与えることとしたものであると考えるものである³⁷。

(2) 大阪地判平成16年10月1日判時1882号159頁

他方で、個別的量定説的な立場から、併合罪を構成するそれぞれの犯罪につき予め個別に量定した合算刑をベースにして量刑を行うことが相当であるとして、宣告刑に一定の制約を課した事例がある³⁸。

被告人は、3名の被害者に対してそれぞれ強姦・強盗の各罪を遂行したほか、2名の被害者に対して強姦未遂罪を犯したとして起訴された。本判決は、検察官による懲役12年の求刑に対し、被害者ごとの量刑の最低限を設定し（強姦・強盗に係る3名についてはそれぞれ5年、強姦未遂に係る2名については1年と1年6ヵ月）、これらを合算の上、実務上併合罪の審判において、各罪において相当とされている刑を合算した刑よりは相当程度下回る刑を言い渡すのが通例となっている点については、「本件のように、併合罪の関係にある数罪が、いずれも人身に対する罪であって、各被害者の心身にわたる被害が相当深刻であるような場合には、あまりに過大な併合の利益を見積もることは、被害者保護の見地からして相当ではなく、基本的には合算刑をベースとして（但し、刑法47条や14条の制約の範囲内で）、それに比較的近い範囲内で量刑を行うことが相当」であるとして懲役14年の刑を言い渡した。

本判決は、平成15年判決とは異なって、個別的量定説を採用した上で、被害者保護という公益的見地から併合の利益に制限を行い、全体の量刑を定めたものとして理解されている³⁹。これに対して、本件においては、犯罪単位で個別化されているのではなく、被害者単位で個別化して評価されている（同一の被害者との関係では、統一的に評価している）ことに注意すべきであり、それゆえ、本件においても、量刑評価についての基本的な考え方は全体的量定であって、ただし、本件の場合には求刑を上回る刑を言い渡すことに対する合理的説明が必要であると考えたことからこのような量

³⁶ 永井・前掲注35) 173頁。

³⁷ 曾根・前掲注20) 46頁、只木・前掲注34) 163頁。

³⁸ 城下・前掲注34) 56頁。

³⁹ 城下・前掲注34) 61頁。

刑実務における技術的な方法が採られたにすぎない、と本判決を分析する見解もある⁴⁰。

また、本判決に対しては、個別的量定説からも、罪質及び被害の重大性といった事情が、合算刑の形成過程と宣告刑の形成過程で、二重に評価されているとの批判がある⁴¹。すなわち、例えば、再犯加重（刑法57条）された処断刑の範囲で宣告刑を決定する際に、行為者が犯罪を繰り返していることを不利な量刑事情とすることは、同一の事情を量刑を重くする方向で二重に評価することになって、許されないというのである。この批判については、犯行時に係る罪質などの情状と、複数の犯行がなされた場合の更生の可能性や犯罪性向の深化の予防的考慮を区別することが可能であって、その限りでは二重評価の難点は問題にならないとの反論もなされている⁴²。また、行為者要因の評価は、予防的考慮としてあくまで減輕事由として評価されるべきであると考えるならば、刑を加重するための二重評価の問題は生じない。

（3）最決平成19年3月22日刑集61巻2号81頁

被告人は、5件の強盗強姦罪（無期又は7年以上の懲役）を含む複数の犯罪につき起訴された。第一審は、これらの強盗強姦罪につき無期徒刑を選択し、そのうち最も重い強盗強姦の事実により無期徒刑を言い渡した⁴³。控訴審もこれを支持したので⁴⁴、弁護人は、無期徒刑を選択した強盗強姦の事実は、それ自体において無期徒刑相当の罪とはいえず、本件において無期徒刑を選択することはできないとして上告した。

本決定は、刑法46条につき、ある罪について死刑又は無期徒刑に処するときは、原則として、他の刑を科さないことを規定しているが、この吸収主義の趣旨は、科されないこととなる刑にかかる罪を不問に付する趣旨ではなく、その刑を死刑又は無期徒刑に吸収させ、併せて処罰する趣旨であるから、それゆえ、「併合罪関係にある複数の罪のうち1個の罪のみでは死刑又は無期徒刑が相当とされない場合であっても、死刑又は無期徒刑を選択する結果科されないこととなる刑に係る罪を、これをも含めて処罰する趣旨で考慮し、当該1個の罪について死刑又は無期徒刑を選択することができる」として、上告を棄却した。

本決定は、併合罪の関係にある複数の犯罪のうち、最も重い罪について死刑ないし無期徒刑が規定されている場合には、その他の罪と全体的に量定すればこれらの刑を科すことが相当と判断されれば、そのままこれらの刑を科した上で他の刑は科さない（ただし、無期徒刑の場合においては、罰金・科料は併科）ものとすべきである、としたものである。すなわち、上告理由がいうような、それぞれの犯罪を個別で評価すると、その中に死刑あるいは無期徒刑相当の犯罪が含まれている場合に限り、これらの刑を適用すべきである、という考え方を認めず、その限りでは、本決定は全体的量定説

⁴⁰ 伊藤・前掲注19) 79頁。

⁴¹ 城下・前掲注34) 63頁。

⁴² 只木誠「罪数論・競合論・明示機能・量刑規範」『安廣文夫先生古稀祝賀記念論文』（成文堂、2015年）477頁。

⁴³ 東京地判平成17・11・14刑集61巻2号94頁。

⁴⁴ 東京高判平成18・10・11刑集61巻2号117頁。

を採ったものといえ、それゆえ、上記の平成15年判決とも背理しないと思われる⁴⁵。

学説上は、ここでも、全体的量定説を前提に本決定を支持する見解⁴⁶と、個別的量定説に則り上告理由を支持する見解⁴⁷とが対立している。前者によれば、同46条は科さないこととされる、他の罪に係る犯罪を不問に付する趣旨ではなく⁴⁸、当該犯罪をも含めて死刑又は無期刑で評価し得る場合には、これらの刑のみで処罰する趣旨なのであるから、最も重い罪の法定刑に死刑又は無期刑が含まれている場合においては、併合罪全体についてこれらの刑を科すことが相当か判断するのは当然であるとされる。後者によれば、同46条はそれぞれの犯罪に対する個別評価の結果、死刑又は無期刑に相当する事実が含まれている場合にその他の刑を併科したのでは苛酷ないし無用であるとして、併科を回避する趣旨であり、複数の犯罪を併せて評価した上で死刑ないし無期刑を選択することを認めるものではないとされる。

また、判例実務においては、量定する刑の重さの点で有期刑を超えるものが無期刑であるにすぎず、両者は質的に異なるものではなく、非難可能性の程度において連続しているものと考えられており⁴⁹、さらに、短期の執行猶予付き懲役刑か実刑かが争われる事例でも、往々にして併合の利益が否定されることから、併合罪処理が被告人に不利益となり、併合の不利益が生じることがあるとされる。それゆえ、本件のように、刑種が異なる有期刑か無期刑選択かの可否が争点となる事例では、併合罪を構成する複数の罪についてそれぞれを単独で量刑した場合には死刑や無期刑が相当とはされない場合でも、それらの罪が併合審理されることにより、単独で裁判された場合よりも重い刑種の適用が相当とであるとされている⁵⁰。

(4) 最決平成24年12月17日裁判集刑309号213頁

本決定は、強盗殺人事件等に関する無期刑の確定裁判を受けた被告人が、同事件の13日後に犯した被殺者1名の住居侵入、強盗殺人の事案（確定裁判の余罪）につき、検察官が死刑を求刑したところ、強盗殺人事件などに関する無期刑の確定裁判（以下、前件と呼ぶ）の余罪である本件（以下、本件と呼ぶ）の量刑判断にあたっては、確定判決に係る前件等を実質的に再度処罰する趣旨で考慮することは許されないが、なお犯行に至る重要な経緯等として考慮することは当然に許され、また、犯罪事情が甚だ悪い場合には、殺害された被害者が1名であっても、死刑の選択が検討されてしかるべきとしたが、被告人は前件等につき無期懲役に処せられ、その服役を通じて更生の

⁴⁵ 只木誠「併合罪関係にある複数の罪のうちの1個の罪のみでは死刑又は無期懲役刑が相当とされない場合にその罪について死刑又は無期懲役刑を選択することの可否」法学セミナー増刊速報判例解説3号（2008年）178頁。

⁴⁶ 小池信太郎「刑法46条の趣旨」法学教室（判例セレクト2007）330号（2007年）30頁、松本・前掲注26）31頁、伊藤・前掲注19）88頁。

⁴⁷ 本田稔「刑法46条における併合罪の処断方法と行為責任主義の意義」法学セミナー636号（2007年）120頁。

⁴⁸ 前田雅英ほか編・前掲注7）196頁も、「他の罪の刑を併科しないという趣旨であり、他の罪を不問にするという趣旨ではない」とする。

⁴⁹ 只木・前掲注45）178頁。

⁵⁰ 只木・前掲注45）177頁。

兆しが見られ、矯正可能性がないとはいえないこと、不十分な点があるとはいえ、自己の刑事責任と向き合い、反省しようという姿勢がうかがえることなどの事情が認められるから、このような犯罪後の事情により、無期刑が言い渡された⁵¹。

上述のように、余罪について更に処断する場合における基準については定められていないが、刑法50条の法意として、余罪のみを単独で裁判する場合と同じように刑を量定するのではなく、確定裁判を受けた罪と余罪とを併合した場合における量刑と均衡を失しないようにする余罪における併合の利益が認められてきた。本決定は、併合の利益と余罪の考慮において、その処断の基準を示したものである。

まず、第1審⁵²及び控訴審⁵³は、本件量刑における前件の位置付けについて、本件は併合の利益が認められるような事案ではなく、むしろ併合の不利益が想定される事案であることから、前件を本件との併合罪関係から評価し直し、統一刑としての死刑を念頭に置いて、本件につき死刑を選択するというような思考方法を採用することは憲法39条が定める二重処罰の禁止に抵触して許されない⁵⁴ことを明らかにしており、本決定もそれを是認している。ただし、本決定は、「なお犯行に至る重要な経緯等として考慮することは当然に許される」としているため、被告人の性格・経歴や、本件犯行の動機・目的・方法等の情状推知資料としての限度で前件を考慮することは当然に許され、これを含めた本件の犯罪・一般情状を総合することは可能である。学説においても、余罪については、他の情状を総合して認められる量刑の本来の幅の中で1ランク上の量刑を選択した場合、あるいは、執行猶予期間を長めにする程度においてのみ量刑上考慮することが許されるに過ぎないといわれている⁵⁵。それゆえ、同45条後段のように併合して処断するときの宣告刑を考慮することもできるものの、二重処罰に当たるような思考方法は許されないという⁵⁶。

3. 併合罪の科刑に関する検討

(1) 全体的量定説に関する検討

以上のように、判例の基本的な立場といえる全体的量定説については、併合罪において言い渡される刑をもって当該犯罪全体に対する統一的な刑であるとするものであ

⁵¹ 本決定の評釈として、本田稔「事後的併合罪の余罪に対する量刑判断の方法—最三小決平24・12・17—」法学セミナー700号（2013年）133頁、小池信太郎「併合罪の一部について裁判が確定している場合の余罪処断と量刑」法学教室（判例セレクト2013）401号（2013年）30頁、只木誠「強盗殺人事件等の確定裁判の余罪である強盗殺人等につき無期懲役が量定された事例」ジュリスト1466号（2014年）170頁がある。

⁵² 大阪地判平成22・5・31（裁判所ウェブサイト、LEX/DB文献番号25442642）。

⁵³ 大阪高判平成23・2・24判タ1358号248頁。

⁵⁴ 「起訴されていない犯罪事情をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮することは許されないが、単に被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料としてこれを考慮することは、憲法31条、39条に違反しない」と判示した（最判昭和41・7・13刑集20巻6号609頁）。

⁵⁵ 原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房、2008年）200頁。

⁵⁶ 只木・前掲注51）171頁、司法研修所編・前掲注23）75頁、本田稔「併合罪の一部の罪の確定裁判後に審理された余罪の量刑判断方法について」立命館法学2012年5・6号（2012年）732頁。

って、個別の犯罪に対応する刑罰の総体としては捉えていないものと理解することができる。

この見解によれば、まず、刑法47条の加重主義においては、犯罪を全体的に評価して、最も重い罪の法定刑に一定の処理を経た処断刑の範囲で量定すべきであって、個別の行為に対する評価を合算すべきものではないとされる。他方、同46条の吸収主義においては、全体の犯罪を包括的に評価すると、最も重い罪について規定された死刑ないし無期刑が妥当かを問題とすべきことになり、個別の行為について単独で死刑ないし無期刑が相当であるかを問題とすべきでないこととなる。

また、全体的量定説によれば、併合罪と余罪との量刑判断は、同50条・51条の法意に基づき、確定裁判を受けた罪と余罪とが同時に裁判を受けた場合における量刑と均衡を失しないようにするため、併合の利益と余罪の考慮として全体的に量定した場合との均衡を考慮して科刑を行うのが実務上の通例であるとされている。また、この点で、禁錮以上の確定判決が介在することにより、それ以前とそれ以後で行為責任に関する評価を別個に行うこととなる単純数罪とは異なる。ただし、罰金が併科される科刑の場合、すなわち同48条1項にいう併科主義の場合には、全体的量定説によれば、そこで言い渡される刑は、全体の犯罪事実に対応した懲役と罰金の併科刑を意味することになり、個別の行為に対してそれぞれ懲役刑や罰金刑を科しているわけではないと説明される⁵⁷。

(2) 個別的量定説の妥当性

上記の全体的量定説に対しては、それぞれの犯罪の性質、法定刑、一連の犯罪における相互の関連性などを検討しておらず、その評価が直観的になりやすく⁵⁸、それゆえに、数個の犯罪の場合には個々の犯罪に対する刑を確定する個別的量定説に立つべきとして、学説からの批判がみられる。すなわち、全体的量定説においては、最も重い罪を主たる罪として重点的に評価し、他の罪はいわゆる余罪として主たる罪の評価に影響を与える要素として全体的に量定する恐れがあるというのである。それゆえ、個別的量定説は、同47条がいう1.5倍という限界や同46条にいう吸収主義は、個別的な量定を前提とした上で、これらに対する刑を単純に併せたのでは行為者にとって苛酷であることを憂慮して設けられた制限であると理解するのである⁵⁹。また、個別的量定説は、併合罪に関する責任を、個別の行為ごとの責任の総和からいわゆる併合の利益を控除したものと捉えているものと思われる。

また、併合罪においては、手続上必ず一体として処理しなければならないものではなく、別個の判決で処理する可能性が認められるので、併合罪の関係にある複数の犯罪について個別に量定することが可能である。それゆえ、包括一罪のように、それぞれの犯罪間に連続的・一体的性が認められるため、分けて扱う余地はないとか、科刑上一罪のように、それぞれの犯罪の要素（違法ないし責任）が実質的に重複していること

⁵⁷ 高松高判昭和26・3・22高刑4巻4号339頁、大塚仁ほか編・前掲注29) 274頁〔中川武隆〕。

⁵⁸ 伊藤・前掲注19) 88頁。

⁵⁹ Jescheck, a. a. O (Rn. 27) S. 729 (BGHSt 24, 268 [271]).

から個別に量定する必要性がないといった主張がみられるが⁶⁰、併合罪はこれらの場合とは異なるのであって、これらの主張をもとに、併合罪においても全体的量定が根拠づけられるわけではない。

このような個別的量定説については、個別行為責任を基礎としつつ、加重主義を減輕主義として位置づけることから⁶¹、併合罪規定の沿革により忠実であると思われる。しかしながら、その際にも、実際には、個別の犯罪について量定した後に、併合の利益をどの程度見積もるかというプロセスを経ることになるものの、そのプロセスについて十分な説明がなされていない。

まず、「個別の犯罪について量定する」ことにつき、今日の量刑理論が、個別行為責任を実質的に捉え、行為の背後に行為者の人格や環境などを予防的考慮として評価している点についての理解が前提とされる。このような前提に基づけば、「個別の犯罪について量定する」とは、すなわち、個別行為責任を基本としつつ、予防的考慮として、背後にある人格や環境などの事情が、それらの事情が複数の犯罪に多かれ少なかれ共働している点に照らし⁶²、併合の関係にある個々の犯罪における責任の度合いを定めることに他ならない。

それに加えて、そもそも併合罪は、単純数罪として量定した場合と比較して軽い罪であるといえるのかが、併合の利益という観点で、問題となる。一般的に、併合罪を単純数罪と比較した場合、同46条により死刑・無期徒刑と他の刑との併科が制限され、有期刑の犯罪が複数存在する場合には、同14条の30年の上限及び、同47条の最も重い罪の1.5倍を超える刑を言い渡すことができないという点において、併合罪が行為者に有利となることは否定できない。しかしながら、一方では、上記の平成19年決定や、例えば、短期の執行猶予付き懲役刑か実刑かが争われる事例でも、往々にして併合の利益が否定されていることからすれば、併合罪処理が被告人に不利益となり、併合の不利益が生じることもあり得る。したがって、併合罪において、複数の犯罪が遂行されたことにより、常に違法性あるいは責任が軽減されることにはならない。むしろ、複数の犯罪が併存する場合、これら相互の関連性如何によっては単純数罪とした場合よりも重い責任を認めるべき場合があるはずである。例えば、被害者に暴行を加えて傷害を負わせるとともに、金員を取得したが、被害者の反抗が抑圧されるに至っていない場合には、強盗致傷罪の適用は認められないが、それが個別的に犯された場合よりは重く評価されることとなろう。

それゆえ、個別の犯罪について量定した上で、背後にある人格や環境などの事情が複数の犯罪に多少なり共働しているといえる場合には、行為者要因に関する評価が重なった部分に限って、重なった行為者要因を統一的に評価しなければならない⁶³。ただし、このような統一評価方法は、個別の犯行について使われる場合のようにによっては同一の事実に基づいた評価になるが、それは異なる観点のもとでの評価であり⁶⁴、

⁶⁰ 只木・前掲注2) 43頁。

⁶¹ 曾根・前掲注20) 45頁。

⁶² 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣，1975年）433頁。

⁶³ Roxin, a. a. 0 (Rn. 20) S. 840, Jescheck, a. a. 0 (Rn. 27) S. 729f.

⁶⁴ Roxin, a. a. 0 (Rn. 20) S. 841.

このような量定上の考慮は、二重評価の禁止のゆえに、行為者の悪性、人格・環境などを評価するときに、行為者に基準を置いた予防的考慮は、あくまで減輕事由として用いられなければならない⁶⁵。それは、刑事責任という本質につき、社会的責任論はもちろん、道義的責任論の立場からも、個別行為責任が基礎とされる限り、行為責任の上限を超える行為者責任を認めることは許されないからである。それゆえ、行為者要因によって刑の減輕にも差が生じる。例えば、殺人や強姦などの対人犯罪について、犯罪類型が同様にもかかわらず併合の利益が小さいことは、重複した行為者の評価において減輕されるものが小さいことを意味する。それゆえ、複数人の殺人の場合で、一人ずつなら無期にとどまるが、併合によって死刑の可能性が高まるのは、複数の死に対して全体的量定がなされた結果ではなく、複数の死についてそれぞれ量定し、個々の責任の度合いを合算した結果なのである。それゆえ、この場合は併合罪処理が被告人に不利益となり、併合の不利益（公益的見地からは併合の利益）が生じることになる⁶⁶。

一方、犯罪類型が異種の場合は、例えば、保険金目的の放火とこれに基づいて行われた保険金詐欺のような2罪を併合して処断したときの刑は、放火罪だけの刑と詐欺罪だけの量刑の合計より重くなることもあり得る。この場合は、両犯罪がお互いに違法性を高め合う関係にあったことを考慮し、個別的に量定した上で、両犯罪の関係性を考慮するからである。量刑実務上、行為者における併合の利益は、基本的に犯罪類型が同種の場合に大きくなるが（手口、動機などが共通する複数の窃盗罪の場合など）、殺人や強姦などの対人犯罪については、犯罪類型が同種でも併合の利益が小さいとされており、また、傷害と窃盗、賭博と薬物犯罪などのように異種の犯罪類型の場合も、併合の利益が小さいとされている⁶⁷。

以上のことから、併合罪の関係にある複数の犯罪に関する量刑判断は、個別行為責任を基本としつつ同47条の法意を単純併科より加重刑が減輕主義的であると捉えて、基本的に併合する複数の罪は個別的に量定されなければならない。ただし、犯罪類型が同種か異種か、また、それが対人犯罪か対物犯罪かによって併合の利益に差が生じる場合、例えば、犯罪類型が異種の場合、特に各罪がお互いに違法性を高め合う関係にあった場合は、個別的に量定した上で、複数の犯罪における相互的效果を全体として考慮するから、併合による行為者要因の評価としての減輕が行われない場合もあり得るであろう。そのような場合には、併合の利益が小さくなるのである。それゆえ、特に異種の複数犯罪に有機的関連性が認められる場合には、各犯罪を個別的に量定した上で、異なる複数の犯罪の相互的效果を全体として量定することも可能である。また、個別に刑を量定する判断基準を量刑理由として示さなければならない⁶⁸。それによって個別行為責任の判断と行為者に対する評価を分けることが可能になり、それは量刑の基準の明確化により大きく寄与すると思われる。なお、併合罪につき処断された者が、もしある罪について大赦を受けたときは、同52条によって刑の分離が課され、

⁶⁵ Jescheck, a. a. 0 (Rn. 27) S. 729f.

⁶⁶ 只木・前掲注42) 478頁。

⁶⁷ 長井・前掲注22) 288頁。

⁶⁸ Roxin, a. a. 0 (Rn. 20) S. 838.

その他の罪について刑を定めなければならない（刑事訴訟法350条）⁶⁹。このように刑の分離が行われる場合にも、個別に量定されれば、分離された併合罪の量刑が明確になると思われる。

IV 単純数罪における量刑判断

上述（本章Ⅲ．2（4））の平成24年判決は、いずれも重大犯罪である前件と本件とが併合罪の関係にある場合であったが、単純数罪、すなわち、数罪が確定裁判の前後にまたがる場合には事情が異なる。ここでは、それぞれ別個の刑が量定され、判決主文においても別個に言い渡される。確定判決後における罪については、確定判決によってそれ以後に新たな人格態度・規範意識の覚醒が期待されたことが考慮されるからであるが、この場合、確定裁判前の罪の場合と比較すると、一般的には厳しい量刑がなされているのが実情のようである⁷⁰。例えば、確定判決前後の犯行にそれぞれ懲役24年と懲役26年の刑を言い渡し、両者を併科した判決⁷¹が挙げられる⁷²。

本判決の事実の概要として、被告人は、2001年10月から2008年11月までの間に、計7件の強姦致傷、窃盗、強盗を行い（以下「第1群」という）、その間（2008年6月及び8月）に行った窃盗により2009年3月2日に沼津簡易裁判所で懲役1年、執行猶予4年の有罪判決を言い渡され、この裁判は同月17日確定した（以下「本件確定裁判」という）。さらにその後、被告人は同年7月から2012年7月までの間に計6件の強姦致傷、強盗を行った（以下「第2群」という）。原判決⁷³は、第1群の罪について、本件確定裁判に係る窃盗罪と刑法45条後段の併合罪であるとして、同50条により更に処断することとし、同45条前段、同47条本文、同10条及び平成16年法律第156号附則4条但書を適用して、併合罪の加重をした懲役5年以上30年以下の刑期の範囲内で被告人を懲役24年に処し、これとは別に、第2群の罪について、同様に併合罪の加重をした懲役5年以上30年以下の刑期の範囲内で被告人を懲役26年に処した。これに対して弁護人は、刑法45条後段の限定解釈を主張するとともに、仮に有期懲役刑の併科を認めるとしても、同14条2項の上限を超えることは許されないと主張した。しかしながら本判決は、このいずれの主張についても理由がないとして、これを斥けた。

本判決は、確定判決前後の犯罪にそれぞれ懲役24年と懲役26年の刑を言い渡し、両者を併科した事例として、合計すると懲役50年の刑を被告人に科したものである。このように併合罪関係にない数罪すなわち単純数罪の場合に、単に刑を併科すべきという判決は、大審院判例⁷⁴以来の解釈であったとされる。

では、複数の犯罪の間に、他の犯罪についての確定裁判が介在する場合に、その裁判確定時を基準とすることで（刑法45条後段）、その前後の犯罪の間に併合罪関係は

⁶⁹ 前田雅英ほか編・前掲注7) 202頁、大塚仁ほか編・前掲注29) 289頁〔安井久治〕。

⁷⁰ 大塚仁ほか編・前掲注29) 220頁〔中山善房〕。

⁷¹ 東京高判平成24・6・27東高刑時報63巻130頁。

⁷² 本判決の評釈としては、城下裕二「確定判決前後の犯行にそれぞれ懲役24年と懲役26年の刑を言い渡し、両者を併科した事例」法学セミナー増刊新判例解説Watch12号（2012年）155頁がある。

⁷³ 静岡地沼津支判平成23・12・5（判例集未掲載、LEX/DB文献番号25480380）。

⁷⁴ 大判明治44・9・25刑録17輯1560頁。

認められなくなるのであろうか。確定裁判の介在によって、併合罪関係が遮断される刑法上の理論的根拠について、確定判決は、その確定時までの背景事情を考慮して刑を量定しているのです。それ以後は一応区切りをつけて量刑を明らかにするものであるという立場がある⁷⁵。これに対して、以前の有罪判決をその後の行為の際の反対動機形成における重要な抑制要因として位置づける点で、累犯の加重根拠として従来から援用されてきた、いわゆる「警告理論」に基づいた見解が展開された⁷⁶。

この「警告理論」とは、従来ドイツ刑法48条の累犯加重規定（1986年に削除）について、行為責任論との矛盾を回避するための限定解釈として主張されていたものである。それによれば、累犯加重の根拠は、以前の有罪判決を警告として行為者が受け止めなかった点に求められるが、これが非難されるのは、以前の犯罪と新たな犯罪との間に内的関連性・犯罪的連続性がある場合に限られるのであって、要するに、そこでは、同種の累犯の場合のみならず、異種類の累犯の場合でも犯罪間に法益、実行行為の種類・方法、動機などの点において類似性があることが必要とされる。なぜならば、法律上の要件を充足する限りですべての以前の犯罪の存在を累犯の加重理由とするのは、単に以前の犯罪の存在自体を根拠にして非難を重くするという点で行為責任の原則に反するからである。あるいは、行為者が新たな犯罪を行う際に前の判決を想起するのは、以前の犯罪と新たな犯罪との間に一定の共通性がある場合に限定されるのであって、両者のあいだに関係性がない限りでは、累犯加重の前提である先行する行為者に対する警告は機能を果たさない⁷⁷。

同理論を参照することで、同45条後段の限定解釈を展開した弁護人の主張に対して、本判決は「警告理論を援用するまでもなく、確定裁判を経たにもかかわらず更に罪を重ねた点で既に厳しい非難を免れないことからすると、確定裁判後の罪について併合の利益を与えないことにも相応の理由があるというべきである」と指摘している。ここでは、確定裁判による併合罪関係の遮断効の根拠は、単に確定裁判を経たという事実で（反対動機形成の抑制要因としては）足りるとされているように思われる。また、弁護人の主張するような「内的関連性」までは要求しなかったことは、「内的関連性」の有無を同45条後段の適用基準とするにしても、「同種・同質・同事情」という内容を更に具体化しなければ、関連性判断が一義的にはならないからであると考えられる。それゆえ、「弁護人が主張する限定解釈は、併合罪の範囲を不明確にして、法的安定性を著しく害することが明らかである」と指摘したものであろう。

次に、本判決が「併科主義による苛酷な結果を回避し、将来の犯罪を防止するために必要にして十分な刑罰を科すという観点から、特別に加重単一刑主義を採用して併合の利益を被告人に与えたものと解するのが相当である」としている点に鑑みると、

⁷⁵ 平野・前掲注62) 434頁。

⁷⁶ この見解によれば、確定判決後に遂行された罪については、国家による刑の宣告という感銘を行為者が受けながら、新たな罪の遂行に及んだものとして責任評価を受けなければならないのに対し、それ以前に遂行された罪についてはかかる感銘を受けることなくなされているのであるから、これらは別個に処断されるべきであるとする（西原春夫『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂、1998年）383頁）。

⁷⁷ 阿部純二「累犯加重の根拠」『刑事裁判の諸問題：岩田誠先生傘壽祝賀』（判例タイムズ社、1982年）77頁。

数罪の処断方法については併科主義が原則であり、加重主義は例外として理解されるにすぎないことになる。とはいえ、「確定裁判を経たにもかかわらず更に罪を重ねた点で既に厳しい非難を免れない」との判示は、「併科主義による苛酷な結果を回避し、将来の犯罪を防止するために」考慮すべき必要性を一律に排除するものと捉えられるべきではない。すなわち、併科される単純数罪の場合においても、併合罪関係にある複数の犯罪を併合して処断する場合の方が、個別に処断して併科した場合よりも軽くなるという、加重主義による併合の利益が考慮されなければならないのである⁷⁸。

本件のように「更に罪を重ねた」場合であっても、上記の併合の利益が認められる理論的根拠と同様に、確定裁判前後の罪における行為者要因に対する評価の重複は依然として存在し、予防的考慮・刑罰の効果にしても、常に減輕方向での判断を否定すべきとの理由にはならない⁷⁹。それゆえ、本件確定裁判が存在しなかった場合に言い渡される刑を想定し（第1群と第2群の併合）、それとの均衡を考慮しながら、事案ごとの量定を行う必要があると思われる。すなわち、本件の場合、同50条の法意として、余罪のみを単独で裁判する場合と同じように刑を量定するのではなく、確定裁判を受けた罪と余罪とを併合した場合における量刑と均衡を失しないようにする量刑実務がここであてはまるであろう。

さらに、本判決が「なお、本件各懲役刑の執行については、もとより仮釈放の制度（刑法28条）の適用があり、検察官による刑の執行順序の変更（刑事訴訟法474条）もなされる余地がある」と述べたことは、検察官による刑の執行順序の変更（同法474条但書）という事後的措置を念頭に置いたものと解される⁸⁰。すなわち、重い刑の仮釈放条件期間の経過後、その刑の執行を停止して軽い刑の執行に着手し、軽い刑の仮釈放条件期間が経過したときは、両方の刑について同時に仮釈放を行うことができると解されており⁸¹、これを前提とした裁判例⁸²も存在する。そうであれば、併合の利益が認められる個別事情が存在する限り、併合罪を類推解釈することも可能であると思われる。それゆえ、本判決が、加重主義による併合の利益を否定するものではなく、刑の執行段階でこれらができるだけ調整しようとしたものであるともいえる。

V 結

以上、近年の判例を通じて、併合罪の法的性格につき、特に併合の利益について他の罪数関係と比較しながら検討した上で、その科刑のあり方について、基本的に全体的量定よりも個別的量定が妥当と考えられること、しかし同時に、その評価に当たっては、犯罪類型が同種か異種か、また、それが対人犯罪か対物犯罪かによって、併合の利益に差が生じることに着眼し、特に犯罪類型が異種の場合は、個別的に量定した上で、併合罪を構成するそれぞれの犯罪の内容及びそれらの関連性に踏み込んだ全体的考察が必要であるとの結論に至った。この量刑判断プロセスによって個別行為責任

⁷⁸ Roxin, a. a. O (Rn. 20) S. 844.

⁷⁹ 城下・前掲注72) 157頁。

⁸⁰ 城下・前掲注72) 158頁。

⁸¹ 西田典之ほか編・前掲注9) 231頁〔金光旭〕。

⁸² 東京高判昭和31・1・31東高刑時報7巻1号25頁，判夕56号76頁。

と行為者に対する評価を分けることが可能になり、それは量刑判断の明確化により大きく寄与するものと思われる。

このように量刑判断における罪数の意味やその役割として、犯罪の実体を適正に反映した量刑判断がなされるための指針の形成が求められており、それゆえ、量刑における罪数論の諸概念を深化させるように積極的に取り組まなければならない。

第五章 裁判員裁判と量刑判断 —韓国 の 現状も踏まえて—

- I 序
- II 裁判員裁判と量刑判断
- III 控訴審における量刑審査
- IV 韓国 の 国民参与裁判との比較法的考察
- V 結

I 序

裁判員制度は、国民から選ばれた裁判員と裁判官が、それぞれの知識経験を生かしつつとともに判断すること（裁判員と裁判官との協働）により、国民によってより理解しやすい裁判を実現するとの考えのもとに、「犯罪事実の認定及び有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当する」との理念が具体化されたものである¹。裁判員裁判では、裁判員は、事実の認定、法令の適用のほかに、刑の量定についても判断する（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律²6条1項）。有罪・無罪の判定にとどまらず、裁判所の裁量に委ねられている刑罰その他の刑事上の処分を意味し³、有罪の場合の刑に関する裁判員の意見は、裁判官と同じ重みを持つことから、これまで、裁判員制度の実施についてだけでなく、裁判員の加わった裁判における量刑判断のあり方についても、特に量刑に関する評議を中心に議論されてきた。

本章では、まず、裁判員制度の下における審理、評議及び判決のあり方について検討を加える。裁判員制度導入の経緯に照らせば、量刑についても、第1審の裁判所の判断が尊重されなければならない。その意味でも、裁判員との評議において妥当な結論を導くことができるように、量刑の評議をどのような手順、方法で行うか、十分に検討しておく必要がある（第II節）。評議にあたっては、何らかの形で過去の裁判例によって形成された量刑基準が参照されてきたが、裁判員制度のもとでは、裁判員の判断が多少量刑相場とは異なっても、制度の趣旨から裁判員の判断が尊重されるとされ、そのことから、事後的にその妥当性を審査する控訴審における量刑審査の役割に

¹ 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—』（2001年）103頁、田口守一「裁判員制度の理論的基礎」刑事法ジャーナル13号（2008年）2頁、井田良「裁判員裁判の量刑評議における裁判官と裁判員の役割分担と協同」井田良編『川端博先生古稀記念論文集（下巻）』（成文堂、2014年）733頁、酒巻匡「裁判員制度における量刑の意義」井上正仁編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）867頁。

² 以下、「裁判員法」という。

³ 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』司法研究報告書63輯3号（2012年）3頁。

ついて検討する必要がある（第Ⅲ節）。最後に、韓国の国民参与裁判との比較法的考察を通じて、裁判員裁判における量刑判断について理解を深める（第Ⅳ節）。

Ⅱ 裁判員裁判と量刑判断

1. 裁判員法の概要

裁判員制度は、2004年に成立した裁判員法に基づいて、2009年に開始された制度である。裁判員裁判の対象となる事件は、死刑または無期の懲役もしくは禁錮に当たる罪に係る事件（裁判員法2条1項1号）及び、これを除く、法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係る事件（同項2号）である。裁判員裁判の対象事件から除外される規定については同法3条1項がある。裁判員法の規定内容について、ここで概観しておくことにする。

(1) 合議体の構成

裁判員対象事件における裁判所は原則として、裁判官3人と裁判員6人の計9人の合議体である（同法2条2項本文）。ただし、「公判前整理手続による争点及び証拠の整理において公訴事実について争いがないと認められ、事件の内容その他の事情を考慮して適当と認められる」対象事件については、裁判官1人と裁判員4人の計5人の合議体とすることができる（同法2条2項但書、3項）。また、裁判員の数を超えない数の補充裁判員を置くことができ（同法10条1項）、裁判員が不足した場合には、補充裁判員の中から裁判員が選任される（同条2項）。裁判員及び補充裁判員の被選任資格は、衆議院選挙の選挙権を有する者で（同法13条、補充裁判員に関して同法19条）、欠格事由（同法14条）、就職禁止事由（同法15条）及び当該事件に関する不適格事由（同法17条、18条）に該当しない者である。ただし、70歳以上の者や学生等は辞退することができる（同法16条）。

(2) 裁判員の権限・義務、審理

裁判員は独立してその職権を行い（同法8条）、裁判員対象事件における有罪判決、刑の免除の判決、無罪判決及び家庭裁判所への移送決定（少年法55条）について、審理し、事実認定、法令の適用及び刑の量定を裁判官と合議によって行うことができる（裁判所法6条1項、3項）が、法令の解釈及び訴訟手続に関する判断（少年法55条を除く）は裁判官の専権事項である（裁判員法6条2項）。また裁判員は、法令に従い公平誠実に職務をおこなう義務、守秘義務、裁判の公正さに対する信頼を損なうおそれのある行為をしない義務及び品位を害するような行為をしない義務がある（同法9条各項）⁴。審理には裁判員も加わるので、「裁判官、検察官及び弁護人は、裁判員の負担が過重なものとならないようにしつつ、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう、審理を迅速で分かりやすいものとするに努めなければならない」

⁴ この問題を検討した論文としては、椎橋隆幸「裁判員制度と報道の在り方」ジュリスト1268号（2004年）110頁、村瀬均「裁判員裁判と報道」『新しい時代の刑事裁判：原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ、2010年）383頁、淵野貴生「裁判員裁判と報道（ワークショップ）」刑法雑誌50巻3号（2011年）489頁がある。

(同法51条)。裁判員は、裁判長に告げて証人等に尋問し(同法56条)、被害者等が意見陳述をする場合の被害者等に質問し(同法58条)、または被告人に質問をすることができる(同法59条)⁵。

(3) 評議・評決, 判決

まず、評議にあたって、裁判長は裁判員に対して必要な法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を裁判員に分かりやすいものとなるように整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならない(同法66条5項)。評議は、裁判官及び裁判員が行い、裁判員は評議に出席し意見を述べなければならない(同条2項)。裁判長が必要と認めるときは、裁判官の合議による法令解釈、訴訟手続の判断を裁判員に示すが、この場合、裁判員はこれに従わなければならない(同条3項, 4項)。

次に、裁判員が関与する判断についての評決は、「裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」(同法67条1項)。すなわち、裁判員6人全員もしくは5人が有罪意見で、裁判官3人全員が無罪意見の場合には、合議体の員数の過半数の意見が有罪ではあるが、この場合には双方の意見が含まれていないため、有罪とすることができない。それゆえ、被告人に対して有罪を宣告するには、有罪意見が合議体の員数の過半数であり、その中に少なくとも裁判官1人が含まれていなければならない。

また、刑の量定に関して、意見が分かれた場合に、裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数となる説がないときには、過半数となる説になるまで、被告人に最も不利な意見の数を順次利益な意見の数に加えていき、双方の意見を含みかつ合議体の員数の過半数となる最も利益な意見によって評決される(同条2項)。例えば、下記[事例①]のような意見の分布の場合、刑の量定に関して死刑の意見は裁判員1人であり、合議体の過半数には足りず、次に被告人に有益な意見である無期懲役の意見に死刑の意見を加えると、その意見を採用する者は裁判官1人と裁判員3人の計4人であり、いまだ、合議体の過半数には足りず、その次に被告人に有益な意見である懲役30年の意見に死刑及び無期懲役の意見を加えると、その意見を採用する者は裁判官1人と裁判員4人の計5人となり、合議体の過半数であり、かつ双方の意見が含まれるので、量刑は懲役30年となる。

[事例① 結果:懲役30年]

	死刑	無期懲役	懲役30年	懲役25年
裁判官(3人)		●		●●
裁判員(6人)	○	○○	○	○○

また、下記[事例②]のような意見の分布の場合、刑の量定に関して死刑の意見は裁判員5人であり、合議体の過半数であるが、裁判官はこの意見に含まれていない

⁵ 裁判員裁判における被害者参加については、椎橋隆幸「裁判員裁判における被害者参加の意義」刑事法ジャーナル16号(2009年)30頁がある。

め、死刑とすることはできない。そして、その次に被告人に有益な意見である無期懲役の意見に死刑の意見を加えると、その意見を採用者は裁判官1人と裁判員6人となり、合議体の過半数であり、かつ双方の意見が含まれるので、量刑は無期懲役となる。

[事例② 結果:無期懲役]

	死刑	無期懲役	懲役30年
裁判官 (3人)		●	●●
裁判員 (6人)	○○○○○	○	

最後に、判決、すなわち裁判員が加わってなされる判断について、証拠の証明力は裁判官及び裁判員の自由な判断に委ねられている（自由心証主義、同法62条）。判決を宣告する公判期日には裁判員も出頭しなければならないが、出頭しなかったことが判決（及び決定）を妨げるものではない（同法63条1項）⁶。判決の宣告があったときに裁判員の任務は終了する（同法48条1号）。そのため、判決書は裁判官が作成し、裁判員はそれに署名押印しない。

(4) 区分審理・部分判決・併合事件審判

区分審理及び部分判決は、2007年5月22日に成立した改正裁判員法によって導入された制度である⁷。被告人に係る同一である数個の裁判員対象事件の弁論が併合され、または裁判員対象事件でない事件の弁論と対象事件の弁論が併合された場合（同法4条）に、併合した事件を一括して審判することにより要すると見込まれる審判の期間その他の裁判員の負担に関する事情を考慮し、その円滑な選任または職務の遂行を確保するため特に必要があると認められるときは、犯罪の証明に支障を生ずるおそれがあるとき、被告人の防御に不利益を生ずるおそれがあるとき、その他相当でないと認められるときを除いて⁸、裁判所は、検察官もしくは弁護人の請求により、または職権によって、併合した事件を1または2以上の被告事件ごとに区分し、その区分された事件ごとに順次審理する旨の決定（区分審理決定）をすることができる（同法71条1項）。

区分された事件については、その区分された事件ごとに裁判員が選任され（同法90条ないし97条）、証拠調べや弁論が行われる（同法77条）。その事件ごとに部分判決（有罪判決、無罪判決等）をし（同法78条1項、79条）、有罪判決であれば罪となるべき事実、証拠の標目、罰条の適用等を示し（同法78条2項）、犯行の動機、態様及び結果その他の罪となるべき事実に関する情状に関する事実等を示すことができる（同条3項）。それぞれの事件の裁判員の任務は部分判決の宣告によって終了する

⁶ 半田靖史「裁判員裁判における評決の対象」『新しい時代の刑事裁判:原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ、2010年）339頁、伊藤雅人・前田巖「裁判員との量刑評議の在り方」『新しい時代の刑事裁判:原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ、2010年）371頁。

⁷ 経緯については、池田修『解説裁判員法〔第2版〕—立法の経緯と課題』（弘文堂、2009年）140頁参照。

⁸ 具体的にどのような場合が除かれるかについては、池田・前掲注7）143頁参照。

(同法84条)。

そして、すべての区分された事件の審判が終わった後には、区分された事件以外の事件の審理と区分事件の審理ならびに併合された事件の全体について裁判(併合事件審判)する(同法86条1項)。すなわち、「残りの事件の審理とすべての事件の情状について審理し、区分事件を含む併合事件の全体について、刑の言渡しを含む終局裁判」を行うのである⁹。この併合事件審判をするにあたっては、部分判決で示された事項によるが(同条2項)、区分事件の審理または部分判決が、刑訴法377条各号、378条各号(いずれも絶対的控訴理由)または383条各号(再審事由等の控訴理由)の事由がある場合には、裁判官の合議により、その旨を決定する(裁判員法86条3項)。

2. 裁判員裁判における量刑判断

現行刑法の下での処罰の根拠は、刑罰法規に規定された行為そのものでなければならないから、従来の量刑判断の基本的な枠組、すなわち、刑の種類・分量を決める基準も、犯罪行為そのものの可罰性の程度でなければならない。そこから、量刑相場に基づき、具体的には、①犯罪行為自体に関する情状(その可罰性の程度に影響する諸事情)、すなわち犯行の動機・手段・方法、準備状況、常習性、結果、挑発などの被害者側の行為や事情も含めた犯行の誘因、共犯者との関係、加功の程度、社会的影響などの犯情により刑の大枠を決める。その枠の範囲から、②予防的考慮を検討する中で、被告人の年齢、性格、経歴・前科、家庭環境、犯罪後の反省の態度、健康状態などの被告人の属性に係る要件と、被害者への謝罪・弁償、示談の成否、被害感情の強弱、社会状況の変化など、被害者及び社会一般の状況を示す要件から構成される一般情状を考慮するという判断構造になっている¹⁰。

このように予防的考慮が重要な役割を占める量刑判断では、実務に広範な裁量が認められてきたが、予防的考慮と行為責任との整合性については、十分に論証が尽くされていないきらいがあった。それゆえ、裁判官の専権とされ、裁量が大幅に作用するものと考えられてきた量刑判断という作業の内実を反省し、それを国民にも説明可能な作業に変更することが、裁判員制度の導入の意義であるとの見解¹¹もあるが、日本における裁判員制度は、今までの職業裁判官のみによる裁判制度に不備・欠陥があったために設けられたものではないことからすれば¹²、裁判員制度の下での量刑判断にあっても、従来の量刑相場に特段の変化を及ぼすべきではないといった見方も可能であろう。とはいえ、実際のところ裁判員制度の下での量刑判断は、例えば、①判断の前提となる事情や判断枠組みが異なることや、②裁判員という判断主体が異なることからすれば、従来の量刑相場とは異なったものとなり得る要素を含むものとなっている。

⁹ 池田・前掲注7) 149頁。

¹⁰ 岡田雄一「量刑—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(悠々社、2002年)486頁、原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』(立花書房、2008年)53頁、中川博之「裁判員裁判と量刑」刑事法ジャーナル21号(2010年)8頁。

¹¹ 井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト2号(2012年)60頁。

¹² 植村立郎「裁判員制度と量刑」ジュリスト1370号(2009年)158頁。

このうち、①については、裁判員制度導入と同時期の一連の司法制度改革による刑事訴訟法の改正によって、刑事訴訟法316条に枝番で追加された「争点及び証拠の整理手続」に関する規定、すなわち、公判前整理手続の導入が問題として挙げられる¹³。裁判員対象事件は公判前整理手続に付さなければならないこと（いわゆる必要的公判前整理手続事件（裁判員法49条））に加え、2008年から施行された刑事裁判の被害者参加制度によって、被害者も刑事裁判の審理に参加できるようになったこと、また裁判員裁判における評決方法、具体的には裁判員が関与する判断についての評決は、「裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」（同法67条1項）ことから、量刑相場による判断の前提となる情報や職業裁判官と裁判員との評議という点で通常の職業裁判官のみによる判断とは枠組みが異なるのである。

②に関しては、裁判には職業裁判官だけでなく、裁判員も参加するので、判断主体が異なるのであるから、判断者が異なれば、評議・評決も含めて、必然的に新たな視点からの判断が加わることになるとの推測がなされる。さらに、裁判員は事件ごとに選任され、それゆえに判断主体としての連続性をもたないことから、複数の事件を担当する過程でおのずと形成される裁判官の事件の見方や量刑相場とは関係がなく、その事件限りの判断者が行うことに伴う判断の幅といったものが、制度自体に内包されているともいえる¹⁴。

それゆえ、裁判員制度の下では、裁判員制度の導入によって国民の感覚が量刑にも反映され、量刑判断が量刑相場から量刑傾向へと変化するとの見方も可能であろう¹⁵。ここで、このような変化は、法の下での平等を定めた日本国憲法14条との適合性の点で問題となり得る。もっとも、裁判員裁判は、際判員が職業裁判官とともに審理に参加する裁判制度であることや、上述したような意見が分かれた際の評決方法に鑑みると、事案ごとに適切な量刑判断が行われることを目的としており、事例蓄積による量刑基準の定立を必ずしも目指したものではない。ただし、結果の公平・妥当性も刑事司法において軽視されてはならないのであって、そのためにも、裁判官が量刑相場を重視した立場から意見することが重要となる。例えば、裁判員が、余罪の存在を過度に評価する、あるいは、被告人が少年であることを被告人に不利な情状として考慮するような場合などには、裁判官が、余罪考慮の限界や少年法の規定など法の趣旨を分かりやすく裁判員に説明することが求められる¹⁶。また、上記の区分審理のように、分割された事件では、各事件について裁判員が選任され、この場合、有罪・無罪の判断は、事件の一部なので「部分判決」とされるが、このように判断者が異なれば、必然的に異なる判断が加わることになると思われる。この場合にも、最終的な量刑は、部分判決を踏まえて、最後の審議に係る裁判官と裁判員によって決められるから、結果の公平・妥当性を保つためには、当該事件だけではなく、判断主体としての連続性を持つ裁判官の役割が重要となろう。このように判断主体の連続性が担保されてこそ、量刑

¹³ 植村・前掲注12) 159頁。

¹⁴ 植村・前掲注12) 164頁。

¹⁵ 原田國男「量刑をめぐる諸問題—裁判員裁判の実施を迎えて」判例タイムズ58巻20号（2007年）73頁。

¹⁶ 中川・前掲注10) 10頁。

評議において総合的な判断をすることが可能になる。

3. 評議・評決

裁判員裁判における量刑評議は、従来と同様に、①取り調べられた証拠から量刑事実を認定し、②認定された個々の量刑事実の方向性と重要度を評価した上、それらを総合的に判断することにより事案の全体を把握し、③量刑事実の全体的な評価に基づいて量刑を決定する、という手順で行われる¹⁷。そうすることによって、裁判員としても、量刑判断の過程において、量刑に関する事実認定、量刑事情の評価、具体的な量刑の決定へ至る段階的な判断をすることができ、裁判官と裁判員が共通の前提条件の下で評議を行うことが可能になるのである。

量刑評議は、刑事訴訟法が規定する当事者主義の原則に鑑みると、合議体が評議の場ですべての量刑事実を見極めていくのではなく、上記①②の判断に関して、当事者の主張、特に公訴維持のため検察官が論告で主張する量刑事実の範囲で、その当否を弁護人の弁論を参照しつつ検証すべきであると思われる¹⁸。そのためには、公判前整理手続（刑事訴訟法316条の2以下）において、少なくとも重要な量刑事実について当事者の主張を整理し、争いのあるところのみが争点として確認されることが必要となる。もっとも、被告人が無罪を主張している事件では、いわゆる情状弁護が全くなされないこともあり得るから、そのような事件について有罪の判断に至った場合には、量刑評議において特に被告人に有利な事情を拾い上げ、それを評価することも必要となる。そのため、量刑評議において認定された個々の量刑事実の方向性と重要度を評価する際には、裁判官の役割として、刑罰目的ないし量刑基準に関する判断を示すことが重要視されるべきである¹⁹。

量刑の評決においては、公訴事実の存否に関する評決と同様に、可能であれば全員一致による判断が望ましいが、刑の量定に関して意見が分かれた場合には、裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数となる説になるまで、被告人に最も不利な意見の数を順次有利な意見の数に加えていく、という評決の方法については上述の通りである。また、このような評決の方法は妥当であるといえるし²⁰、学説からの批判も見当たらない。

4. 量刑理由の記載

裁判員裁判は重大事件が対象であり、制度運営に関する社会的関心が高いことから、裁判員裁判の判決書にも、主文の刑を導くに至った具体的な理由について、合議体と

¹⁷ 中川・前掲注10) 9頁、中川博之「量刑に関する評議・評決」判例タイムズ60巻24号（2009年）82頁。

¹⁸ 今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」判例タイムズ59巻3号（2008年）20頁。

¹⁹ 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について—法律専門家としての裁判官の役割—」法学研究82巻1号（2009年）609頁、出田孝一「裁判員裁判における裁判官の役割」『新しい時代の刑事裁判：原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ，2010年）36頁。

²⁰ 植村・前掲注12) 166頁。

してどのような量刑事情を重視したかを示す必要があり、これまでの合議事件においては判決書に量刑理由が記載されている場合が多い点に鑑みても²¹、量刑理由を記載する必要があるといえる。また、量刑理由の記載は法律上義務づけられてはいないが（刑事訴訟法335条）、被告人にとって量刑理由が不明であれば、かりに正当な量刑判断過程を経て宣告刑が科されたとしても、刑事司法への不信感により被告人の更生を妨げてしまう恐れがあり、また、量刑不当を理由に控訴がなされた場合には控訴審が原審の量刑の妥当性を合理的に検証する必要があることから²²、第1審判決では量刑理由が明確に示されなければならない。

上述のように、裁判員裁判においては多数決による評決が行われるが、意見が分かれた場合に、合議体の員数の過半数となる見解のうち被告人にとって最も有利な意見に従って評決されるのであるから、多数意見を支える論拠を量刑理由として記述することは可能である。このような、①当事者、特に被告人の説得を図る、②上訴審における量刑審査の便宜を図るといった理由の他にも、③被告人の刑の執行及び再犯の裁判において量刑上考慮した事項を示して参考に供する、④理由を示すことにより、判断の客観性を高める、⑤他の同種事件の量刑判断の参考に供する、といった理由からも、量刑理由が判決書の中に記載されるべきである²³。さらに、当事者が重要であるとして論告・弁論で強調した量刑事情について、合議体がそれと異なる判断をしたような場合には、その評価を示しておくことも必要であろう²⁴。

III 控訴審における量刑審査

裁判員制度の下では、控訴審における量刑審査に関する特則は設けられてはいないことから、控訴審では、事後審として第1審判決の当否を審査し、破棄すべきかどうかを審査されることになる。ただし、国民の健全な社会常識を反映しようとする裁判員制度の趣旨に鑑みて、裁判員らによる第1審の判断を尊重し、破棄の基準を厳格化することが求められている²⁵。このような要請について、以下では、裁判員裁判の判決が求刑を上回った事案について、最高裁の見解を示すとともに、これに検討を加える²⁶。

1. 最判平成26年7月24日裁時1608号15頁

²¹ 中川・前掲注10) 11頁。

²² 浅田和茂「量刑基準」前野育三ほか編『量刑法の総合的検討：松岡正章先生古希祝賀』（成文堂、2005年）43頁。

²³ 原田・前掲注10) 64頁。

²⁴ 中桐圭一「量刑の審査」判例タイムズ59巻23号（2008年）67頁。

²⁵ ただし、刑事訴訟法397条2項による職権破棄は、第1審の判決後の事情を考慮した結果の判断であるから、裁判員の関与した第1審の判断を尊重すべきという要請は、同条1項破棄ほどには強くならず、2項破棄においては、控訴審が事後審であるという本来の趣旨に属した運営が求められる（城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』（成文堂、2009年）287頁、中桐・前掲注24) 71頁、原田・前掲注15) 84頁）。

²⁶ 2009年の裁判員制度導入後、求刑を上回る判決は増え、これまで49人に言い渡されたとされる（読売新聞（東京朝刊、2014年7月25日）「求刑超え裁判員判決 破棄 最高裁初判断『量刑の公平性必要』」1面）。

(1) 事実の概要

被告人A・Bは、かねてより両名の間に生まれた三女にそれぞれ継続的に暴行を加え、かつ、これを相互に認識しつつも制止することなく容認するなどにより共謀を遂げた上、平成22年1月27日午前0時頃、大阪府内の当時の被告人両名の自宅において、被告人Aが、三女（当時1歳8ヵ月）に対し、その顔面を含む頭部を平手で1回強打して頭部を床に打ち付けさせるなどの暴行を加え、その結果、急性硬膜下血腫などの傷害を負わせ、同年3月7日午後8時59分頃、同府内の病院において、同女を急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させた。

第1審の大阪地裁は、検察官の懲役10年の各求刑に対し、被告人両名にそれぞれ懲役15年の刑を言い渡した。その理由の要旨は以下の通りである²⁷。

量刑事情については、「(1) 犯罪行為自体に係る情状（犯情）に関し、①親による児童虐待の傷害致死の行為責任は重大、②態様は甚だ危険で悪質、③結果は重大、④経緯には身勝手な動機による不保護を伴う常習的な児童虐待が存在、⑤被告人両名の責任に差異なしと評価され、(2) 一般情状に関し、①墮落的な生活態度、②罪に向き合わない態度、③犯行以前の暴行に関し責任の一端を被害者の姉である次女（当時3歳）になすり付ける態度が指摘される」とする。

また、各懲役15年の量刑とした理由としては、「(1) 検察官の求刑は、①犯行の背後事情として長期間にわたる不保護が存在することなどの本件児童虐待の悪質性、②責任を次女になすり付けるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものととは考えられず、(2) 同種事犯の量刑傾向といっても、裁判所の量刑検索システムは、登録数が限られている上、量刑を決めるに当たって考慮した要素を全て把握することも困難であるから、各判断の妥当性を検証できないばかりでなく、本件事案との比較を正確に行うことも難しいと考えられ、そうであるなら、児童虐待を防止するための近時の法改正からもうかがえる児童の生命等尊重の要求の高まりを含む社会情勢に鑑み、本件のような行為責任が重大な児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科すことがそうした法改正や社会情勢に適合すると考えられることから、被告人両名に対しては傷害致死罪に定められた法定刑の上限に近い主文の刑が相当である」。

この第1審判決に対して、弁護士は、①「親による幼児虐待の行為責任について検討」するとし、「親が、幼児に対し、理不尽な暴行などの虐待を繰り返した場合、「幼児の心身の成長や人格形成に重大な影響を及ぼすことが懸念される」などとして、特に幼児虐待を犯す親は厳しい非難を免れないなどと指弾している上、「仮に打撲傷に止まらない負傷可能性の認識があったとすると、それは死亡に至る可能性の認識と評価すべき場合も少なくない」として、「本件暴行の態様は、殺人罪と傷害致死罪の境界線に近いものと評価するのが相当である」とまで言い切っていることからすると、罪となるべき事実に表れていない「継続的な虐待」という要素を正面から持ち込んで量刑判断に臨み、本件が傷害致死罪で起訴されている事案であるのに、実質的に殺人罪で処罰しようとしている、②犯した罪に見合った刑を定めるという観点から特に重

²⁷ 大阪地判平成24・3・21（裁判所ウェブサイト、LEX/DB文献番号25481018）。

視した事情に加えて、被告人両名に不利益なものとして相応に考慮した事情として原判決が指摘するところを、被告人Aに対する刑の加重事由として考慮するのは行き過ぎである、③三女の体に存した傷跡やあざの多くが次女に起因するものであると述べたからといって、被告人Aが責任の一端を次女になすり付けるような供述をしたとみるのは誤っている、④原判決が「本件は不保護を伴う常習的な幼児虐待の延長としての犯行」といえるとしている点については、「不保護」の事実は公訴事実に含まれておらず、十分に立証されていないし、「不保護」を実質的に余罪として処罰していることを自ら認めたに等しいといえる、さらに、⑤検察官は、公益の代表者として、検察庁に集積された同種事犯の判決例を基に適切な求刑をしていると考えられるから、裁判所が求刑を超える判決を言い渡す場合には、その求刑が余りに不合理・不適切であるといえるような特別な事情が必要と考えるべきであるし、裁判所の量刑検索システムを用いて傷害致死事件を検索し、共犯関係等を「共犯」、動機を「その他orせっかん」、凶器等を「なし」、処断罪名と同じ罪の件数を「1」、被告人から見た被害者の立場を「子」、被害者の落ち度を「なし」とした検索条件で量刑分布を調べると、懲役15年という判決は突出しているのであって、原判決は、従来の量刑傾向をあえて無視し、殺人罪の量刑傾向まで参照して独断的量刑判断をしているといわざるを得ず、このような判断は、憲法14条の平等原則、31条の適正手続保障、37条1項の公平な裁判所の裁判を受ける権利に著しく反した不当なものである、などと主張して、控訴した。

控訴審の大阪高裁はこの量刑不当の主張を排斥した。判旨は以下の通りである²⁸。

「第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価が誤っているとまではいえず、第1審判決が各懲役15年の量刑をするに際し、(1)検察官の各懲役10年の求刑は、①本件児童虐待の悪質性及び②責任の一端を被害者の姉になすり付けるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられない旨説示した点が誤っているといふべき根拠は見当たらず、(2)同種事犯の量刑傾向について説示した点は、量刑検索システムによる検索結果は、これまでの裁判結果を集積したもので、あくまで量刑判断をするに当たって参考となるものにすぎず、法律上も事実上も何らそれを拘束するものではないから、第1審の量刑判断が控訴趣意で主張された検索条件により表示された同種事犯の刑の分布よりも突出して重いものになっていることなどによって直ちに不当であるということとはできない」。また、「第1審判決の各懲役15年の量刑も、懲役3年以上20年以下という傷害致死罪の法定刑の広い幅の中に本件を位置付けるに当たって、なお選択の余地のある範囲内に収まっているといふべきものであって、重過ぎて不当であるとはいえない」と判示された。これに対して被告人が上告した。

(2) 判決要旨

最高裁は、第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価について、これらが誤っているとまではいえないとした原判断は正当であるとしつつ、これを前提としても、被告人両名を各懲役15年とした第1審判決の量刑及びこれを維持した原判断は、是認で

²⁸ 大阪高判平成25・4・11（裁判所ウェブサイト、LEX/DB文献番号25504301）。

きないとした。破棄自判の理由は、以下のとおりである²⁹。

「刑法は、一つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定めている。その上で、裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなるが、裁判例が集積されることによって、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示されることとなる。そうした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。量刑が裁判の判断として是認されるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられるからである」。「この点は、裁判員裁判においても等しく妥当するところである。裁判員制度は、刑事裁判に国民の視点を入れるために導入された。したがって、量刑に関しても、裁判員裁判導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていたといえることができる。その意味では、裁判員裁判において、それが導入される前の量刑傾向を厳密に調査・分析することは求められていないし、ましてや、これに従うことまで求められているわけではない。しかし、裁判員裁判といえども、他の裁判の結果との公平性が保持された適正なものではないことはいうまでもなく、評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められているというべきである」。

「こうした観点に立って、本件第1審判決をみると、『同種事犯のほか死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向を参照しつつ、この種事犯におけるあるべき量刑等について議論するなどして評議を尽くした』と判示されており、この表現だけを捉えると、おおまかな量刑の傾向を出発点とした上で評議を進めるという上記要請に沿って量刑が決定されたようにも理解されないわけではない」。「しかし、第1審判決は、引き続いて、検察官の求刑については、本件犯行の背後事情である本件幼児虐待の悪質性と被告人両名の態度の問題性を十分に評価していないとし、量刑検索システムで表示される量刑の傾向については、同システムの登録数が十分でなくその判断の妥当性も検証できないとした上で、本件のような行為責任が重大と考えられる児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科すことが法改正や社会情勢に適合するなど説示して、検察官の求刑を大幅に超過し、法定刑の上限に近い宣告刑を導いている。これによれば、第1審判決は、これまでの傾向に必ずしも同調せず、そこから踏み出した重い量刑が相当であると考えていることは明らかである。もとより、前記のとおり、これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員

²⁹ 本判決の評釈としては、小池信太郎「裁判員裁判における量刑傾向—最高裁平成26年7月24日判決の意義」法律時報86巻11号（2014年）1頁，松宮孝明「裁判員裁判で量刑が上告審で破棄された事例」法学セミナー719号（2014年）111頁，笹倉香奈「裁判員裁判における量刑判断」法学セミナー719号（2014年）112頁，前田雅英「裁判員裁判制度の導入と量刑」捜査研究763号（2014年）30頁，土本武司「求刑超えの量刑」捜査研究763号（2014年）127頁がある。

裁判の役割として直ちに否定されるものではない。しかし、そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである」。

「これを本件についてみると、指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の懲役10年という求刑を大幅に超える懲役15年という量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいえない。その結果、本件第1審は、甚だしく不当な量刑判断に至ったものというほかない。同時に、法定刑の中において選択の余地のある範囲内に収まっているというのみで合理的な理由なく第1審判決の量刑を是認した原判決は、甚だしく不当であって、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる」。

「被告人両名の各行為は、いずれも刑法60条、205条に該当するので、各所定期期の範囲内で、被告人Aについては、原判決が是認する第1審判決の量刑事情の評価に基づき検討を行って懲役10年に処し、さらに、被告人Bについては、実行行為に及んでいないことを踏まえ、犯罪行為にふさわしい刑を科すという観点から懲役8年に処することとし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する」。

なお、本判決には裁判官白木勇の補足意見が付されている。それによれば、「裁判員裁判を担当する裁判官としては、量刑に関する判例や文献等を参考にしながら、量刑評議の在り方について日頃から研究し、考えを深めておく必要がある。評議に臨んでは、個別の事案に即して判断に必要な事項を裁判員にしていねいに説明し、その理解を得て量刑評議を進めていく必要がある」。「量刑の先例やその集積である量刑の傾向は、それ自体としては拘束力を持つものではないし、社会情勢や国民意識の変化などに伴って徐々に変わり得るものである。しかし、処罰の公平性は裁判員裁判を含む刑事裁判全般における基本的な要請であり、同種事犯の量刑の傾向を考慮に入れて量刑を判断することの重要性は、裁判員裁判においても何ら異なるものではない。そうでなければ、量刑評議は合理的な指針もないまま直感による意見の交換となってしまうであろう」。

「こうして、量刑判断の客観的な合理性を確保するため、裁判官としては、評議において、当該事案の法定刑をベースにした上、参考となるおおまかな量刑の傾向を紹介し、裁判体全員の共通の認識とした上で評議を進めるべきであり、併せて、裁判員に対し、同種事案においてどのような要素を考慮して量刑判断が行われてきたか、あるいは、そうした量刑の傾向がなぜ、どのような意味で出発点となるべきなのかといった事情を適切に説明する必要がある。このようにして、量刑の傾向の意義や内容を十分理解してもらって初めて裁判員と裁判官との実質的な意見交換を実現することが可能になると考えられる。そうした過程を経て、裁判体が量刑の傾向と異なった判断をし、そうした裁判例が蓄積されて量刑の傾向が変わっていくのであれば、それこそ国民の感覚を反映した量刑判断であり、裁判員裁判の健全な運用というべきであろう。私は、かつて、覚せい剤取締法違反等被告事件に関する判決（最一小判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁いわゆるチョコレート缶事件判決）の補足意見において、『裁

判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべき（である）』と述べたが、それは以上のような適切な評議が行われたことを前提としているのである」。

「裁判官としては、重要な事柄は十分に説明し、裁判員の正しい理解を得た上で評議を進めるべきであり、そうすることが裁判員と裁判官との実質的な協働につながると思われる」。

2. 検討

最高裁が初めて裁判員裁判の量刑を変更する判断を下したことに鑑みると、施行から5年が経過した裁判員裁判において、今後の方向性に関わる判断が示されたと考えられる。「裁判員裁判であっても、量刑判断は他の裁判結果との公平性が保たれた適正なものでなければならない」という最高裁が下した判例尊重の姿勢は、裁判員裁判の量刑判断に一定の枠組みを与えることになるだろう。ここでは、特に、①量刑事情における予防的考慮、②評議と量刑相場との関係性、③控訴審における量刑審査のあり方が問題となっている。

まず、①量刑事情における予防的考慮の評価について、第1審は「悪質で殺人罪と傷害致死罪の境界に近い。児童虐待問題を重視する社会情勢も考慮すべきだ」として厳罰を選択したが、最高裁によれば、結果の公平性の観点から、「具体的、説得的な根拠」が提示されない限り、適切な評議が行われたとはいえず、児童の生命尊重要求の高まりの中で、親による虐待死事案は厳しく評価すべきという程度では、「具体的、説得的な根拠」としては、不十分であるとした。このような予防的考慮及び刑事政策的判断は、動機や常習性のような行為責任に係る量刑事情ではないので、それが行為に現れた限度で考慮されなければならない。したがって、上述した本稿の立場からしても（第三章Ⅲ. 3. ），量刑責任において予防的考慮に係る量刑事情である「児童虐待問題を重視する社会情勢」は、責任の付随事情として責任を軽減する方向でのみ斟酌されなければならないと考えられ、この点で、最高裁の立場は妥当であると思われる。

次に、②評議と量刑相場との関係性についてであるが、量刑相場は、既に言及したとおり、同様の犯罪には同様の刑を科すべきという量刑の公平性を担保するものであった。ところが、裁判員制度の導入に際し、法規範性のない量刑相場を裁判員に説明しにくいという問題が生じた。裁判員裁判でも量刑の公平性の要請はあるし、一定の判断資料がなければ安定的な判断は難しくなる。そこで、量刑相場を量刑傾向という判断資料として裁判員に示しながら、事件には常に個性があるし、同種の種犯罪に対する非難も社会情勢に応じて変化し得るという意味で、量刑傾向は固定的でないことを説明した上で評議を進める方法論が、裁判所において行われた³⁰。この点につき、最高裁は、従来の量刑相場の詳細な分析の下に、その傾向に従う必要はないが、同種事案のおおまかな量刑相場を共通認識とし、それを出発点に評議を深めるべきことを

³⁰ 司法研修所編・前掲注3) 24頁。

確認したものといえる³¹。

③控訴審による量刑審査では、従来は、第1審が量刑相場の幅の中で刑を決めることを前提に、相場から外れるか否かが判断されてきた。裁判員制度の施行に際し、実際の裁判員裁判の量刑は、おおむね安定的な傾向をみせているものの、従来よりも幅が広がったといわれている³²。それゆえ、控訴審の量刑審査は、「よほど不合理であることが明らかな場合」でなければ、控訴審として許容すべき第1審の裁量の幅をかなり広く認める方向性の下で謙抑的に行われている³³。控訴審の具体的な量刑審査の対象として、量刑事情の誤認の有無、量刑事情の評価の誤りの有無、量刑の結論そのものの当否が検討されるが³⁴、その中で量刑不当を理由とする検察官控訴はほとんど行われなくなり、控訴審が量刑不当を理由とする被告人控訴を認めて原審を破棄する例も減っている³⁵。

本件の控訴審においても、「量刑検索システムによる検索結果は、これまでの裁判結果を集積したもので、あくまで量刑判断をするに当たって参考となるものにすぎず、法律上も事実上も何らそれを拘束するものではないから」と示していることからすれば³⁶、量刑結果の不当性については、消極的に判断している一方、「第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価が誤っているとまではいえず、第1審判決が各懲役15年の量刑をするに際し、本件児童虐待の悪質性及び責任の一端を被害者の姉になすり付けるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられない旨説示した点が誤っているというべき根拠は見当たらない」と示していることに鑑みると、上記の量刑事情の誤認の有無及びその評価の誤りの有無についての検討が主要な判断対象になっているものといえる³⁷。

裁判所の判断には、結果の公平性、法的安定性も同時に求められているのであり、裁判員裁判においても、同種の罪名・犯罪態様によって行われた犯罪については、一定程度、近似した量刑判断が期待されるべきである。そのような帰納的な指針が量刑相場として実務上の量刑判断に大きな役割を担っていることに鑑みると、評議において「具体的、説得的な根拠」が提示されない限り、判例を尊重すべきであるとする立場を確認した最高裁の立場は妥当であろう。

本件では、量刑に関する事実認定、量刑事情の評価、それに基づいて具体的な量刑判断が行われるが、その前提として、刑罰がどのような目的において科されているか、再犯防止のため、優先的に考慮しなければならないことは何か、これまでの判例はどういう意味をもつのかについて説明する裁判官の役割が、特に重要視されたものであ

³¹ 小池・前掲注29) 1頁。

³² 原田國男「裁判員裁判における量刑傾向:見えてきた新しい姿」慶應法学27号(2013年)166頁。

³³ 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』司法研究報告書61輯2号(2009年)113頁。

³⁴ 中桐・前掲注24) 68頁。

³⁵ 最高裁判所事務総局『裁判員裁判実施状況の検証報告書』(2012年)85頁。

³⁶ 裁判員量刑検索システムを活用した審理と評議については、杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』(成文堂, 2013年)344頁を参照。

³⁷ 本庄武「量刑審査」季刊刑事弁護68号(2011年)70頁。

ると考えられる。

IV 韓国の国民参与裁判との比較法的考察

韓国の国民参与裁判制度（以下、国民参与裁判）を紹介する先行研究は既に少なからずみられる³⁸。それゆえ、本節では、同制度の紹介はそれらの先行研究に譲り、量刑判断に係る国民参与裁判における陪審員の評議・評決、量刑に関する討議に焦点をあてることとし、その上で、控訴審との関係について検討する。

1. 被告人の有罪・無罪についての評議，評決

(1) 評議

国民参与裁判の評議及び評決における裁判官の役割は、陪審員の量刑に関する事実認定において極めて重要である。陪審員制度の性格を有する国民参与裁判においては、裁判官は陪審員の評議に関与しないため、判決の公平性及び法的安定性を保つ法律専門家の役割を担うにとどまり、具体的には、裁判長は、弁論が終結した後、法廷において、陪審員に公訴事実の要旨及び適用法条、被告人と弁護人の主張の要旨、証拠能力、その他留意すべき事項に関して説明しなければならない。この場合、必要なときには、証拠の要旨に関して説明することができる（国民参与裁判法46条1項）。また、「その他の留意事項」には、被告人の無罪推定（刑事訴訟法275条の2）、証拠裁判主義（同法307条）、自由心証主義（同法308条）、被告人の供述拒否権の意味などが含まれ（国民参与裁判法規則37条1項）、さらに、検察官及び被告人側は、裁判長に、説明が必要な法律的事項を特定して、それを説明に含めるよう書面で要請することもできる（同条2項）。

評議において裁判長は、弁論終結後評議が開始される前に、誰が陪審員として特定されていたかを参加した陪審員及び予備陪審員に知らせる。陪審員の評議、評決及び量刑に関する討議は、弁論が終結した後、遅滞なく進行することが原則であり（同規則39条1項）、評議、評決及び量刑に関する討議は公開しない（同条4項）。陪審員は、評議を進行するところ、陪審員代表を通じて、裁判長に、公訴状の写本、裁判長の説明書がある場合にはその写本、証拠書類の写本及び証拠物の提供を要請することが可能であり（同規則41条2項）、裁判長は、必要であると認める場合には、陪審員が要請した書類などを提供することができる（同条3項）。

(2) 評決

国民参与裁判では、被告人が有罪か無罪かという点について、陪審員は、原則とし

³⁸ 単行本では今井輝幸『韓国の国民参与裁判制度—裁判員裁判に与える示唆』（イウス出版、2010年）。論文では、申東雲・李東熹訳「韓国における刑事司法の改革」刑法雑誌48巻2号（2009年）1頁、李銀模「韓国の国民参与裁判制度の内容と問題点」ノモス23号（2008年）65頁、今井輝幸「韓国の国民参与裁判制度—2011年上半期までの動向—」刑事法ジャーナル29号（2011年）75頁、申東雲「韓国の国民参与裁判制度」論究ジュリスト2号（2012年）85頁、今井輝幸「韓国の国民参与裁判制度について」比較法研究75号（2013年）277頁、椎橋隆幸「刑事裁判に参加する国民に関する諸問題」刑事法ジャーナル32号（2012年）92頁。

て裁判官の関与なしに独自に評議、評決を行うため、評議の結果陪審員全員の意見が一致すれば、それに従って評決が行われる（国民参与裁判法46条2項）。ただし、その場合でも陪審員の過半数の要請があれば、審理に関与した裁判官の意見を聴くことができる（同項但書、任意的意見聴取）。全員一致の評決は、国民参与裁判における主たる評決方式であるが、有罪・無罪に関して陪審員全員に意見が一致しないときは、陪審員は評決に至る前に、審理に関与した裁判官の意見を聴かなければならない（必要的意見聴取）。この場合、陪審員の有罪・無罪の評決は多数決の方式によるが（同法46条3項1文、2文）、その裁判官は評決に参加することができない（同法46条3項3文）。なお、審理に関与した裁判官は、陪審員に意見を述べる場合であっても有罪・無罪に関する意見を話してはならない（国民参与裁判法規則41条5項）。

（3）量刑に関する討議

陪審員の評決が有罪である場合、陪審員は、審理に関与した裁判官と共に量刑に関して討議し、それに関する意見を交換することができる（国民参与裁判法46条4項1文）。裁判長は、量刑に関する討議の前に処罰の範囲と量刑の条件などを説明しなければならない（同項2文）、量刑判断にあたっては、量刑委員会が設定した量刑基準を尊重しなければならない（裁判所組織法81条の7第1項）。量刑に関する討議は、裁判官が主宰し、陪審員の量刑に関する意見を集めて量刑意見書に記載するが、陪審員の量刑意見は、有罪・無罪の評決とは異なり多数決にはよらないため、裁判官においては、陪審員の自由な意見交換を保証し、市民感覚と判例の調和を図る協力者としての役割が求められる。

国民参与裁判の判決の宣告は、弁論を終結した期日において行うことが原則であり（国民参与裁判法48条1項）、陪審員の有罪・無罪の評決と量刑意見は、裁判所を拘束しない³⁹（同法46条5項）。しかしながら、陪審員の評議・評決と量刑意見は制度趣旨に照らしても尊重されなければならないから、裁判長は、判決宣告時、被告人に陪審員の評決結果を告知しなければならない。それゆえ、陪審員の有罪・無罪の評決結果と異なる判決を宣告するときは、裁判長は被告人にその理由を説明し（同法48条4項）、判決書にもその理由を記載しなければならない（同法49条2項）。

なお、国民参与裁判法には、日本の裁判員裁判における区分審理（裁判員法第5章）に相当する規定はない。

2. 控訴審との関係

刑事立法の領域においては、市民の要求に応じた厳罰化が進んでいるが⁴⁰、国民参与裁判においては、無罪率が8%に達しており⁴¹、これは第1審合議審事件の平均無罪

³⁹ 2008年から2011年まで、574件が国民参与裁判によって行われ、その中、90.6%の事件で陪審員の評決と裁判部の判決とが一致した。評決と判決が一致しない54件のうち大部分は、陪審員が無罪の評決をしたが裁判部が有罪の判決をした事例である（韓国法院行政処『国民参与裁判成果分析（2008年～2011年）』（2012年）25頁）。

⁴⁰ この点につき、第一章（Ⅲ．1．）を参照。

⁴¹ 韓国法院行政処・前掲注39）21頁。

率3.3%より高いため、厳罰化の道をたどった刑事立法が、国民参与裁判を通して市民の法感情が反映されることに伴い、市民によって部分的に修正されている状況にあるとの分析も可能である。例えば、法定刑が無期または7年以上の懲役と規定されている強盗致傷（韓国刑法337条）の場合、裁判官が酌量減輕をしたとしても3年を超える懲役または禁錮となるので、執行猶予が許されない。このため、陪審員が傷害にあたるかを厳格に判断しようとする傾向が現れていることが挙げられる⁴²。ただし、国民参与裁判における控訴率（50.2%）が一般事件における控訴率（23.3%）より高いことに鑑みると⁴³、また、上記の例のように、陪審員における事実認定及び量刑判断にあっては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべきであることに目を向けると、控訴審の役割が重要視されなければならないと思われる。

このような状況の下で、韓国大法院⁴⁴において、控訴審の審査基準における極めて重要な判断が示された。すなわち、国民参与裁判において下された無罪判決に対して検察官控訴があった場合に、控訴審が原判決を破棄して有罪判決に変更することに、厳格な条件を課すべきとする判決が下されたのである。この判決では、陪審員の全員一致の意見によって下された無罪の評決が職業裁判官の心証と符合してそのまま採択された場合であれば、証拠及び事実の認定に関する第1審（国民参与裁判）の判断は、控訴審における新たな証拠取調べを通して「それに明白に反対する、十分で、かつ、納得するに値する顕著な事情が現れない限り」、特別に、通常の控訴審の判断より尊重されなければならないと判示された⁴⁵。

3. 検討

国民参与裁判は裁判員制度に比べ、陪審員制度的な特徴がみられるため、量刑判断に係る国民参与裁判における陪審員の評議・評決、量刑に関する討議において、裁判員裁判と異なるところが多く存するが、刑事手続上の事実認定や評議・評決、量刑事情に関する討議において、裁判官の役割が重要視される点においては、裁判員裁判と共通する。これに対して、陪審員制度の特徴として、裁判官が、評議と評決に直接的に参加できない点、陪審員の量刑意見に拘束されない点が相違点として挙げられるが、陪審員の評決と裁判部の判決のほとんどが一致している状況に照らしてみると、例えば、陪審員が全員一致で無罪の評決をし、裁判部の判断も同様である場合、特に陪審員の評決は尊重されなければならない点では、これは国民が関わった判断に対する尊重の姿勢の表れといえ、裁判員裁判に共通している。さらに、陪審員の有罪・無罪の評決結果と異なる判決を宣告するとき、裁判長が被告人にその理由を説明しなければならない点、また、判決書にもその理由を記載しなければならない点において、参審制的要素が混合する特徴もみられる。

⁴² 申・前掲注38）89頁（注26）。

⁴³ 韓国法院行政処・前掲注39）22頁。

⁴⁴ 日本の最高裁判所に相応する。以下、大法院という。

⁴⁵ 大法院2010. 3. 25. 2009ド14065判決。同判決についての文献としては、関永盛・後藤昭「国民参与裁判で行われた第1審判決に対する控訴審の判断基準—韓国大法院2010. 3. 25宣告2009ド14065判決—」刑事法ジャーナル24号（2010年）33頁がある。

控訴審との関係についても、市民の司法参加制度の導入に伴って、上訴制度の法改正がほとんど行われないうまま、運用によって第1審の事実認定を尊重するべきであるとする変化が生じていることも、日本の状況と共通性がある⁴⁶。他方で、国民参与裁判における無罪率が比較的高いのに対して、検察官の控訴率が高いことについて慎重な判断が求められることは、裁判員裁判とは異なる点である。また、上記の大法院の判例は、第1審の無罪判決を控訴審が有罪判決にするための条件として、控訴審における新たな証拠調べを通じて「明白に反対する、十分に、かつ、納得するに値する顕著な事情」が確認される必要があるという条件を設定しており、これは、重要な新証拠がない限り、控訴審が有罪判決とすることは認められないという結果となる。

それゆえ、大法院の判決は、無罪を有罪に変更する前提として、控訴審での直接的な証拠調べを求めており、これは、裁判員裁判における控訴審の事実認定審査の対象は経験則・論理則違反の有無に限定するべきであるという日本の議論⁴⁷の状況とは異なる。このような相違点は、韓国においては、国民参与制度導入の効果として、直接主義の強化が重視されているが、日本においては、控訴審の事後審制が強調されていることに理由があるものと思われる。ただし、日本の控訴審においても、直接的な証拠調べについては、既に原判決が犯罪事実を確定しないまま無罪としている場合、控訴審がそれを破棄して有罪の自判をするためには事実（事件の核心）⁴⁸の取調べを要するという判例理論⁴⁹が形成されており⁵⁰、大法院の判決は、日本の裁判員裁判における上訴審のあり方を考える上で参考になるものであると思われる。

V 結

以上本章では、裁判員制度という新たな制度の導入によって変化が求められている量刑判断のあり方を検討した。本章は、裁判員裁判と量刑について、裁判員制度の趣旨から量刑相場との関係や控訴審の審査のあり方について考察しながら、比較法的考察を視野に入れて韓国の国民参与裁判も参考に若干の検討を加えたものである。

その結果は、裁判員裁判の制度的意義に照らしてみても、基本的に裁判員裁判の量刑判断は尊重されるべきであるというものである。量刑判断の客観的な合理性を確保するため、裁判官には、評議において、当該事案の法定刑をベースにした上、参考となるおおまかな量刑の傾向を紹介し、裁判体全員の共通の認識とした上で評議を進めるという姿勢が要求される。例えば、裁判員に対し、同種事案においてどのような要素を考慮して量刑判断が行われてきたか、あるいは、そうした量刑の傾向がなぜ、どのような意味で出発点となるべきなのかといった事情が適切に説明されるべきである。それゆえ、裁判員裁判の量刑判断が量刑相場と異なった判断である場合、その根拠は、具体的な量刑理由の記載によって検討されなければならないから、量刑理由の記載は

⁴⁶ 関・後藤・前掲注45) 39頁。

⁴⁷ 東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ60巻16号（2009年）8頁。

⁴⁸ 最判昭和34・5・22刑集13巻5号773頁。

⁴⁹ 最判昭和31・7・18刑集10巻7号1147頁。

⁵⁰ 関・後藤・前掲注45) 40頁。

必須条件とすべきであると結論づけるに至った。

最高裁は、裁判員裁判の量刑判断について、最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁（チョコレート缶事件判決）の補足意見は、「裁判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべき」と述べている。また、裁判員裁判の量刑判断が量刑相場と異なった場合には、上記の最判平成26年7月24日裁時1608号15頁が示しているように、裁判員裁判の判断において、社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映させ、これまでの量刑の傾向から踏み出す際には、その根拠を提示する義務が求められてる。

制度導入の趣旨に鑑みれば、例えば、裁判員裁判の量刑判断が従来の量刑相場と異なった結果であっても、裁判員裁判の判断は尊重されなければならないが、その場合、法的安定性と結果の公平性の観点から、適切な評議が行われた上、「具体的、説得的な根拠」が示されなければならない。以上のことからすれば、同種・同質・同程度の行為を内容とする事件に対しては、一定程度、近似した量刑判断が期待されることにおいても明らかになり、かつ、そもそも裁判官と裁判員との協働作業である量刑判断とは、当該裁判員裁判だけではなく、量刑相場という過去の裁判官や他の裁判所の裁判官・裁判員とも協働していくことを意味するものといえる⁵¹。

⁵¹ 小池・前掲注29) 3頁。

終章

韓国においても、また、日本においても、量刑論はようやく本格的な研究の緒に付いたばかりの領域であるといつてよかろう。とりわけ、量刑の根拠となる説得的な基準の問題については、いまだ十分な成果が上げられているとはいえないといわざるを得ない。本論文は、かかる問題意識のもと、合理的な量刑を行い、責任に応じた刑罰を被告人に科すためにはという基本的な視座のもと、いかなる具体的な量刑規範を確立するかを論ずることを意図したものである。

具体的には、本論文では、量刑判断の枠組みを比較法的考察も踏まえて検討してきた。個別の刑の量定がいかにあるべきかを考察するには刑罰論を踏まえた検討がなされる必要があり、近年では、このような前提に基づいて実務家と研究者による量刑に関する共同研究が活発化してきている。犯罪の成否のみならず、犯罪、ひいては刑罰の種類・程度、犯罪の個数を表す罪数判断にまで検討対象が拡大しつつあり、犯罪論と刑罰論との関係が今まで以上に意識されており、本稿もこの点を問題関心とするものである。

こうした前提に基づき、第一章では、日韓の法定刑引上げと刑事立法に関して、両国の社会や法状況を比較考察することで、今後の刑事立法の方向性及び法定刑の役割について確認した。

現在の刑事立法においては「安全」ないし「治安」の必要性が強調されており、また、近年の刑事立法の活性化に鑑みれば、市民からの安全への要求が刑事立法になんらかの影響を与えているであろうことは、想像に難くない。しかしながら、この安全要求と刑事立法との結びつきに関する考察は、これまで必ずしも十分なものとはいえなかったように思われる。市民の安全要求が刑事立法においてどのように作用したかにつき、具体的に検証する必要がある。その際、日本と同様に刑事立法の活性化がみられる韓国における現状を比較法的に検討することは、有益なものとなりえよう。

そこで、本章では、日韓両国の犯罪統計や犯罪に関する市民の意識が、安全要求と刑事立法の活性化にいかなる影響を与えているのか、その両者の因果関係を探るため、近年なされた韓国における法改正を参照しつつ、韓国において刑事立法の活性化がみられるようになった背景を明らかにした。そして、その分析をもとに、市民の安全要求と刑事立法の役割との本来あるべき関係性を模索した結果、両国の法定刑の引上げ及び法改正においては市民の安全要求が重要視されていたが、この市民の安全要求を直ちに犯罪への不安に対する安全要求として受けとめ、法定刑の引上げ及び法改正を行うことは、妥当ではないことを明らかにした。

安全要求に基づいた近年の韓国における法定刑引上げについてみると、社会規範意識の強化を基礎とする抑止刑論に鑑みれば、そのような長期間の収容は、むしろ犯罪者の社会復帰や刑罰の抑止力を事実上無効化することになり得るものであり、その点

で問題が多いものであった。法定刑の引上げについては、引上げが必要か否かという事前の検討のみならず、事後的な検証も必要であり、量刑実務の推移についても引き続き注意すべきであることを指摘した。

第二章では、量刑の意義、そして量刑判断の不統一の問題に関して日本の議論を参考にしつつ韓国の事例を検討した。

量刑とは、裁判官が犯罪の成立を認めた場合に、法定刑から、法律上の加重・減輕や酌量減輕して得られた処断刑の範囲内で具体的な宣告刑を定めるものである。また、この過程は、裁判官が法律に基づき被告人の量刑責任に応じて合理的に判断することが求められる法適用の1つであり、さらには、執行猶予を付すか否かの決定もすべて含まれた具体的な法の実践である。このように法秩序の維持のために処罰は必要不可欠であり、その処罰の基準が不明確すると犯罪予防効果は減少するということはこれまで一般的に認められてきたが、実際には、量刑判断の不統一による法適用及び執行の信頼性が問題となっている。とりわけ、量刑論と刑罰論との関連性は、その重要性については異が唱えられていないにもかかわらず、詳細な検討をいまだ受けていないように思われる。

それゆえに、本章では、量刑論と刑罰論の両者を通じて一貫した理論基盤の形成を背景として、量刑の意義及び重要性を詳細に検討する上で、特に、韓国においては量刑判断の不統一問題が発生しており、その問題は、量刑論と刑罰論の関係性を論ずる上で好個の素材といえよう。このことを示す一例として韓国の現状を紹介した。そこでは、制度上の課題として、①量刑の客観的な基準の不存在、②刑事特別法の乱立、③量刑審査の困難さなどが認められ、実務上の問題としては、①不十分な量刑審理による量刑の偏り、②執行猶予のジレンマ、③前官礼遇の慣行などが確認されていた。韓国は刑事司法改革という大きな枠組みの中で、2007年に量刑委員会の設置という転換期を迎えたが、その後、2009年の第1期量刑委員会が発表した量刑基準は、英米の量刑ガイドラインを参照して作成されたものであり、韓国量刑論及び実務に少なからぬ影響を及ぼしている。それゆえ、このような韓国での現状に関して徹底した分析が必要であると考えられる。

また、本章の結びに代えて、近年、韓国において企業過失犯罪の両罰規定に関する法改正が行われたが、法人処罰の根拠及び解釈については、特に過失犯の議論を中心となって議論されており、この議論は量刑判断にも及ぶものであったため、比較法的観点から、法改正に伴う韓国の議論状況も簡単に紹介した。

第三章では、量刑判断の問題は、量刑責任判断と換言することができ、そこでは、刑罰論に根ざした検討が必要とされるが、加えて、個々の量刑事情、量刑事情の方向性、量刑事情の重要性の程度が明らかにされなければならない、この解明にあたっては、量刑責任の本質、すなわち、行為責任と予防的考慮との関係性についての検討が不可欠である、ということを確認した。

このことと併せて、犯罪の成否の判断にあたって前提とされている責任主義が、量刑論についても妥当すべきであることも確認した。すなわち、責任主義が、犯罪論において、具体的に故意又は過失のない場合や適法行為の期待可能性がない場合に犯罪成立が否定されるといった消極的な形で機能していることに鑑みれば、量刑

論においても、過度の予防的考慮を制約するために、刑罰限定機能を果たさなければならぬのである。その意味で、量刑論においても、刑法の謙抑性が妥当しなければならず、この根拠が責任主義にみいだされるものであることを確認した。そして、量刑における責任主義を考察するにあたって、刑罰理論における刑罰の正当化根拠をめぐる議論に基づき、それと並行して量刑における責任主義の意義を明らかにした。そこでの主要な検討対象は、量刑における責任と予防的考慮の内容をいかに構成し、関連づけていくべきかという問題であった。

量刑判断においては、まず、行為責任には、特に故意と過失においては認識という幅があり、その幅の中で、責任の程度に影響を与える量刑事情（犯罪事実に属するもの、いわゆる犯情）、例えば、動機や常習性などのように、故意や違法性の意識の強弱を推認させる事情が考慮される。行為責任に基づいた刑罰判断にも幅が存在するから、この幅の中で、行為者に対する予防も考慮して個別的な刑が導かれることになるが、量刑に一定の幅があるとしても、罪刑均衡の原則からすれば、責任の幅を超えた量刑は当然に許容されない。量刑判断にあたっては、確かに、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、社会的影響、犯罪後における犯人の態度などの行為者事情（犯罪事実に属しないもの、いわゆる狭義の情状）が考慮されるものの、それらの行為者事情が予防的考慮に係る量刑事情として判断される場合は、それが行為責任に現れた限度で考慮され、また、行為者に対する規範意識の確認・強化という意味で、二重に評価されないように、責任を軽減する方向でのみ斟酌されるべきである。それゆえ、刑法には、行為者量刑事情に対する予防的考慮から、刑の減輕や免除、保護観察及び執行猶予制度などが予定されているために、責任刑を下回って刑罰が選択されることはなお許容されることを論じた。

第四章では、量刑判断と罪数について併合罪における併合の利益を中心に検討を加えた。

量刑における罪数論・競合論は、犯罪論と刑罰論をつなぐ領域として位置づけられている。その中で、本章は責任の基礎に関する行為責任論が、日本及び韓国における多数説とされているにもかかわらず、量刑論の領域では行為責任が必ずしも貫徹されていないことを、併合罪の処理を全体的に量定（全体的量定説）しようとする諸見解の検討を通して指摘し、それを是正していくための1つの方法を示した。すなわち、近年の判例を通じて、併合罪の法的性格につき、特に併合の利益について他の罪数関係と比較しながら検討した上で、その科刑のあり方について、基本的に全体的に量定するよりも個別的に量定する（個別的量定説）のが妥当と考えられること、しかし同時に、その評価に当たっては、犯罪類型が同種か異種か、また、それが対人犯罪か対物犯罪かによって、併合の利益に差が生じることに着眼し、特に犯罪類型が異種の場合は、個別的に量定した上で、併合罪を構成するそれぞれの犯罪の内容及びそれらの関連性に踏み込んだ全体的考察（主たる犯罪に関する責任刑を上げる）が必要であるとの結論に至った。

この帰結は、第三章で示した量刑判断プロセスと合致するものであり、それによって行為責任と共通の量刑事情を意識した加重主義（併合の利益）に基づいた行為者評価を分けることが可能になり、量刑判断の明確化に大きく寄与することを示し

ている。

第五章では、裁判員裁判と量刑判断について、韓国の現状も踏まえて検討を加えた。裁判員制度は、国民から選ばれた裁判員と裁判官が、それぞれの知識や経験を活かしてともに判断することにより、国民によってより理解しやすい裁判を実現することを目的に、犯罪事実の認定及び有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するとの理念が具体化されたものである。

本章では、裁判員制度という新たな制度の導入によって変化が求められている量刑判断のあり方として、裁判員裁判の制度的意義に照らしてみても、基本的に裁判員裁判の量刑判断は尊重されるべきであることを確認した。ただし、量刑判断の客観的な合理性を確保するため、裁判官には、評議において、当該事案の法定刑をベースに、参考となるおおまかな量刑の傾向を紹介し、裁判員全員の共通の認識を形成した上で評議を進めるという姿勢が要求される。例えば、裁判員裁判の量刑判断が従来の量刑相場と異なった結果であっても、裁判員裁判の判断は尊重されなければならないが、その場合、法的安定性と結果の公平性の観点から、適切な評議が行われた上、具体的、説得的な根拠が示されなければならない。それは、同種・同質・同程度の行為を内容とする事件に対しては、一定程度、近似した量刑判断が期待されることにおいても明らかであり、かつ、そもそも裁判官と裁判員との協働作業である量刑判断とは、当該裁判員裁判だけではなく、量刑相場という過去の裁判官判断や他の裁判所の裁判官・裁判員判断とも協働していくことを意味するものであるからである。

したがって、裁判員裁判の量刑判断が量刑相場と異なった判断である場合、それは、具体的な量刑理由の記載によって検討されなければならないから、量刑理由の記載は必須の条件とされるべきであることを示している。さらに、韓国の国民参与裁判との比較法的考察を通じて、裁判員裁判における量刑判断について理解を深めた。

以上のことから、本章に至るまでの量刑判断において検討すべき諸事項、すなわち、量刑・量刑判断・量刑事情といった諸概念の意義を、日本における見解を確認した上で、量刑判断・量刑事情についての日韓両国の立法例及び判例を概観した。このような比較考察の手法で、量刑判断の基礎構造を示し、それに基づいた応用として併合罪における量刑判断や裁判員裁判における量刑判断のあり方を明らかにした。本稿は、法解釈論という静態学のもと、精密な分析を基礎としながら、量刑判断とは何かについて論じたものである。

本稿は刑罰論及び量刑理論を基礎とする量刑の解釈論を展開したものであり、制度論や刑事政策論についても検討を加えた。そのような研究方法により、「量刑判断」という研究対象を総合的に論証できたと思われる。しかしながら、本稿を結ぶにあたって、残された課題も少なくない。例えば、本稿の段階において、判例や具体的事案の分析・検討がすでに十分であるとは言いがたく、今後ともより多くの判例を素材に量刑判断のあり方を継続的に検討することが不可欠である。また、より幅広い比較法的考察・検討のため、日韓両国に限らず、ドイツとアメリカ等の議論状況

にも常に目を配り，少年審判の量刑，死刑と無期懲役の量刑，共犯者間の刑の均衡，罪数判断，韓国の量刑ガイドラインなどについても継続的に研究対象として行くことが今後の課題であると考えている。

参考文献一覧

〔日本語文献〕

- 浅田和茂「量刑基準」前野育三ほか編『量刑法の総合的検討：松岡正章先生古希祝賀』（成文堂，2005年）25頁
- 渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂，2008年）
- 阿部純二「刑の量定の基準について（上）」法学40巻3号（1976年）219頁
- 阿部純二「刑の量定の基準について（中）」法学41巻1号（1977年）1頁
- 阿部純二「刑の量定の基準について（下）」法学41巻4号（1978年）387頁
- 阿部純二「累犯加重の根拠」『刑事裁判の諸問題：岩田誠先生傘壽祝賀』（判例タイムズ社，1982年）77頁
- 阿部純二「量刑論の現状と展望」現代刑事法3巻1号（2001年）4頁
- 池田修『解説裁判員法〔第2版〕—立法の経緯と課題』（弘文堂，2009年）
- 石塚伸一「刑罰の再社会化機能—日本の新行刑法典—」『刑罰論と刑罰正義—Straftheorie und Strafgerechtigkeit：日本—ドイツ刑事法に関する対話』（成文堂，2012年）171頁
- 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—西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として—（1）」法学研究55巻10号（1982年）67頁
- 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号（1996年）293頁
- 井田良「量刑理論と量刑事情」現代刑事法3巻1号（2001年）35頁
- 井田良「併合罪と量刑—『新潟女性監禁事件』最高裁判決をめぐって」ジュリスト1251号（2003年）74頁
- 井田良「何が法定刑の引上げを正当化するか」刑法雑誌46巻1号（2006年）21頁
- 井田良「社会の変化と刑法」『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会，2007年）11頁
- 井田良「わが国における量刑改革の動向」慶応法学7号（2007年）1頁
- 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）
- 井田良「量刑決定の構造」ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—日独シンポジウム』（成文堂，2011年）103頁
- 井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト2号（2012年）59頁
- 井田良「裁判員裁判の量刑評議における裁判官と裁判員の役割分担と協同」井田良編『川端博先生古稀記念論文集（下巻）』（成文堂，2014年）733頁
- 伊藤涉「併合罪の科刑についての考察」東洋法学53巻1号（2009年）67頁
- 伊藤康一郎「理性と感情：リスク社会化と厳罰化の交差」犯罪社会学研究31巻（2006年）74頁
- 伊藤雅人・前田巖「裁判員との量刑評議の在り方」『新しい時代の刑事裁判：原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ，2010年）371頁
- 井上薫『刑事公判の実際』（法学書院，1998年）

- 今井輝幸『韓国の国民参与裁判制度—裁判員裁判に与える示唆』（イウス出版，2010年）
- 今井輝幸「韓国の国民参与裁判制度—2011年上半期までの動向—」刑事法ジャーナル 29号（2011年）75頁
- 今井輝幸「韓国の国民参与裁判制度について」比較法研究 75号（2013年）277頁
- 今井猛嘉「刑法の解釈と立法（特集テイクオフ刑法—新刑法入門）」法学教室 274号（2003年）36頁
- 今井猛嘉「刑の一部の執行猶予と社会貢献活動：その意義と展望」罪と罰 51巻 2号（2014年）20頁
- 今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」判例タイムズ 59巻 3号（2008年）9頁
- 岩井宜子「法定刑改定と刑事政策—特集法定刑の改正の理論的検討と実務への影響—」刑法雑誌 46巻 1号（2006年）52頁
- 植村立郎「裁判員制度と量刑」ジュリスト 1370号（2009年）157頁
- 氏家仁「韓国における量刑の合理化に関する近時の動向（1）」比較法雑誌 44巻 4号（2011年）133頁
- 臼井滋夫「論告・求刑」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅲ—公判・裁判（2）—』（日本評論社，1975年）71頁
- 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻』（判例タイムズ社，2011年）1頁
- 大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻（量刑総論）』（判例タイムズ社，2011年）
- 大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第2巻（犯情等に関する諸問題）』（判例タイムズ社，2011年）
- 大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻（一般情状等に関する諸問題）』（判例タイムズ社，2011年）
- 大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻（刑の選択・量刑手続）』（判例タイムズ社，2011年）
- 大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第5巻（主要犯罪類型の量刑）』（判例タイムズ社，2013年）
- 太田達也「刑の一部執行猶予制度の概要と実施課題」罪と罰 51巻 2号（2014年）6頁
- 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第3版）第4巻』（青林書院，2013年）
- 大谷實「行為責任と人格責任」中山研一ほか編『現代刑法講座第2巻—違法と責任—』（成文堂，1979年）197頁
- 大谷實『刑事政策講義〔新版〕』（弘文堂，2009年）
- 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂，2012年）
- 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（1）」早稲田法學 68巻 3・4号（1993年）77頁

- 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（2）」早稲田法學 69 卷 1 号
（1993 年）11 頁
- 岡上雅美「併合罪の場合における量刑判断の方法—新潟女性監禁事件」法学教室（判例セレクト 2003）282 号（2003 年）30 頁
- 岡上雅美「刑種及び刑量のついでの諸基準」ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—日独シンポジウム』（成文堂，2011年）193頁
- 岡田雄一「量刑—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社，2002 年）481 頁
- 小野正博「犯罪予防の法理のために」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂，2008 年）125 頁
- 鹿野伸二「刑法 50 条（確定裁判の余罪の処断）における量刑について」『新しい時代の刑事裁判：原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ，2010 年）559 頁
- 上口裕『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（成文堂，2012 年）
- 神田宏「量刑と予防」現代刑事法 3 卷 1 号（2001 年）17 頁
- 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第 5 卷）〔第 2 版〕』（青林書院，2013 年）
- 川崎一夫『体系的量刑論』（成文堂，1991 年）
- 川崎友巳「両罰規定における法人の刑事責任とコンプライアンス・プログラム—「企業システム過失責任」の導入をめざして—」同志社法学 50 卷 3 号（1999 年）1 頁
- 葛野尋之「経験科学と刑事立法—「市民の期待」への応答をめぐる—」立命館法學 2000 年 5 号（2000 年）1821 頁
- 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）」慶應ロー6 号（2006 年）1 頁
- 小池信太郎「刑法 46 条の趣旨」法学教室（判例セレクト 2007）330 号（2007 年）30 頁
- 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（2）」慶應ロー9 号（2008 年）1 頁
- 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について」法学研究 82 卷 1 号（2009 年）599 頁
- 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について—法律専門家としての裁判官の役割—」法学研究 82 卷 1 号（2009 年）599 頁
- 小池信太郎「量刑理論からみた刑の執行猶予」刑法雑誌 52 卷 2 号（2013 年）243 頁
- 小池信太郎「併合罪の一部について裁判が確定している場合の余罪処断と量刑」法学教室（判例セレクト 2013）401 号（2013 年）30 頁
- 小池信太郎「裁判員裁判における量刑傾向—最高裁平成 26 年 7 月 24 日判決の意義」法律時報 86 卷 11 号（2014 年）1 頁

- 酒巻匡「裁判員制度における量刑の意義」井上正仁編『三井誠先生古稀祝賀論文集』
（有斐閣，2012年）867頁
- 最高裁判所事務総局『裁判員裁判実施状況の検証報告書』（2012年）
- 佐伯仁志「刑法の社会的機能の変容」新世代法政策学研究 11号（2011年）1頁
- 笹倉香奈「裁判員裁判における量刑判断」法学セミナー719号（2014年）112頁
- 椎橋隆幸「裁判員制度と報道の在り方」ジュリスト 1268号（2004年）110頁
- 椎橋隆幸「裁判員裁判における被害者参加の意義」刑事法ジャーナル 16号（2009年）
30頁
- 椎橋隆幸「刑事裁判に参加する国民に関する諸問題」刑事法ジャーナル 32号（2012
年）92頁
- 城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂，1995年）
- 城下裕二「法定刑の引上げと立法政策」犯罪社会学研究 30号（2005年）7頁
- 城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』（成文堂，2009年）
- 城下裕二「確定判決前後の犯行にそれぞれ懲役 24年と懲役 26年の刑を言い渡し，両
者を併科した事例」法学セミナー増刊新判例解説 Watch12号（2012年）155
頁
- 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—』
（2001年）
- 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』司法研究報
告書 61輯 2号（2009年）
- 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』司法研究報告書 63輯
3号（2012年）
- 鈴木義男「量刑の審査」熊谷弘ほか編『公判法大系IV—上訴—』（日本評論社，1975
年）151頁
- 杉田宗久「法定刑の改正動向について—裁判実務の立場から—」刑法雑誌 46巻 1号
（2006年）111頁
- 杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』（成文堂，2013年）
- 塩見淳「法改正の概要とその意義」刑法雑誌 46巻 1号（2006年）65頁
- 曾根威彦「併合罪加重における罪数処理—新潟少女監禁事件最高裁判決を中心として
—」現代刑事法 54巻 10号（2003年）44頁
- 高橋徹「誰がポピュリズムを作りだすのか：現代メディア政治考」白門 65巻 11号
（2013年）27頁
- 高橋良彰・渡辺和美『新犯罪社会心理学〔第2版〕』（学文社，2004年）
- 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣，1999年）
- 高山佳奈子「量刑論の現代的課題」刑事法ジャーナル 21号（2010年）2頁
- 田口守一「裁判員制度の理論的基礎」刑事法ジャーナル 13号（2008年）2頁
- 瀧川裕英「量刑権力の説明責任」法律時報 78巻 3号（2006年）17頁

- 只木誠「刑法 47 条の法意」ジュリスト増刊（平成 15 年度重要判例解説）1269 号（2004 年）162 頁
- 只木誠「併合罪関係にある複数の罪のうちの 1 個の罪のみでは死刑又は無期懲役刑が相当とされない場合にその罪について死刑又は無期懲役刑を選択することの可否」法学セミナー増刊速報判例解説 3 号（2008 年）175 頁
- 只木誠「即決裁判手続と量刑の適正確保」刑法雑誌 48 卷 1 号（2008 年）29 頁
- 只木誠『罪数論の研究〔補訂版〕』（成文堂，2009 年）
- 只木誠「刑罰論の現状—比較法的研究—」『The 60th anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan』（中央大学出版部，2011 年）665 頁
- 只木誠「刑事立法（刑法，刑事訴訟法の立法）へ与える被害者保護の影響」金尚均編『刑罰論と刑罰正義=Straftheorie und Strafgerechtigkeit:日本—ドイツ刑事法に関する対話』（成文堂，2012 年）95 頁
- 只木誠「平成 25 年版犯罪白書を読んで:ルーティン部分に関して」法律のひろば 67 卷 1 号（2014 年）4 頁
- 只木誠「強盗殺人事件等の確定裁判の余罪である強盗殺人等につき無期懲役が量定された事例」ジュリスト 1466 号（2014 年）170 頁
- 只木誠「罪数論・競合論・明示機能・量刑規範」『安廣文夫先生古稀祝賀記念論文』（成文堂，2015 年）461 頁
- 田中研之輔「新自由主義国家米国の刑罰化」法政大学キャリアデザイン学部紀要 7 号（2010 年）59 頁
- 谷岡一郎「刑罰の『確実性』と『公平性』こそが犯罪予防につながる—昨今の厳罰化論議に欠けているもの—」罪と罰 41 卷 4 号（2004 年）5 頁
- 団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』（創文社，1990 年）
- 土本武司「求刑超えの量刑」捜査研究 763 号（2014 年）127 頁
- 辻本典央「科刑上一罪の処断刑」近畿大学法学 58 卷 4 号（2011 年）33 頁
- 津富宏「厳罰化の時代に」国際関係・比較文化研究 1 卷 1 号（2002 年）13 頁
- 出田孝一「裁判員裁判における裁判官の役割」『新しい時代の刑事裁判:原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ，2010 年）23 頁
- 東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ 60 卷 16 号（2009 年）5 頁
- 東山太郎「刑の一部の執行猶予制度の導入について」罪と罰 51 卷 2 号（2014 年）39 頁
- 内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣，1983 年）
- 内藤謙『刑法講義総論（下 1）』（有斐閣，1991 年）
- 内閣府『治安に関する特別世論調査（平成 24 年 8 月）』
- 中川博之「量刑に関する評議・評決」判例タイムズ 1304 号（2009 年）79 頁
- 中川博之「裁判員裁判と量刑」刑事法ジャーナル 21 号（2010 年）8 頁
- 中桐圭一「量刑の審査」判例タイムズ 59 卷 23 号（2008 年）66 頁

- 長井秀典「数罪と量刑」大阪刑事实務研究会編『量刑実務大系第1巻（量刑総論）』（判例タイムズ社，2011年）279頁
- 永井敏雄「刑法47条の法意ほか—最高裁平成15・7・10第一小法廷判決—」ジュリスト1258号（2003年）171頁
- 奈良俊夫「社会の処罰感情と法理論」白門56巻1号（2004年）26頁
- 西崎勝則「刑の一部の執行猶予制度等の概要及びその導入に向けた更生保護における取組」罪と罰51巻2号（2014年）51頁
- 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法（第1巻）』（有斐閣，2010年）
- 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂，2013年）
- 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法第1巻（1条～72条）』（有斐閣，2010年）
- 西原春夫『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂，1998年）
- 日本犯罪社会学会編『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』（現代人文社，2009年）
- 浜井浩一・芹沢一也『犯罪不安社会誰もが「不審者」?』（光文社新書，2006年）
- 浜井浩一『実証的刑事政策論：真に有効な犯罪対策へ』（岩波書店，2011年）
- 原田國男「新潟女性監禁事件最高裁判決について」現代刑事法68号（2004年）48頁
- 原田國男「法定刑の変更と量刑について」刑法雑誌46巻1号（2006年）32頁
- 原田國男「量刑をめぐる諸問題—裁判員裁判の実施を迎えて」判例タイムズ58巻20号（2007年）72頁
- 原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房，2008年）
- 原田國男『裁判員裁判と量刑法』（弘文堂，2011年）
- 原田國男「裁判員裁判における量刑傾向：見えてきた新しい姿」慶應法学27号（2013年）161頁
- 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会，2008年）
- 林美月子「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」神奈川法学27巻2・3号（1992年）497頁
- 半田靖史「裁判員裁判における評決の対象」『新しい時代の刑事裁判：原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ，2010年）339頁
- 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会，1968年）
- 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣，1972年）
- 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣，1975年）
- 古江頼隆「併合罪における量刑判断の方法（刑法47条）について判示した最高裁判決（新潟少女監禁事件）」法律のひろば56巻11号（2003年）73頁
- 渕野貴生「裁判員裁判と報道（ワークショップ）」刑法雑誌50巻3号（2011年）489頁
- 本庄武「量刑審査」季刊刑事弁護68号（2011年）68頁
- 本田稔「刑法46条における併合罪の処断方法と行為責任主義の意義」法学セミナー63号（2007年）120頁
- 本田稔「併合罪の一部の罪の確定裁判後に審理された余罪の量刑判断方法について」立命館法学2012年5・6号（2012年）697頁

- 本田稔「事後的併合罪の余罪に対する量刑判断の方法—最三小決平24・12・17—」法学セミナー700号（2013年）133頁
- 玄守道「近時の刑事立法に対する批判的検討—何が問われているのか?—」立命館法学5・6号下巻（2009年）2070頁
- 法務省大臣官房司法法政部編『ドイツ刑法典』（2007年）
- 法務省『平成23年版犯罪白書』
- 法務省『平成25年版犯罪白書』
- 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会，2011年）
- 前田雅英ほか編『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂，2013年）
- 前田雅英「裁判員裁判制度の導入と量刑」捜査研究763号（2014年）30頁
- 前野育三『量刑法の総合的検討』（成文堂，2005年）
- 町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（有斐閣，1990年）409頁
- 松生建「法定刑の引上げとヘーゲルの刑罰論（特集刑罰思想の現在と課題-法定刑引上げの意味するもの）」法律時報78巻3号（2006年）38頁
- 松原芳博「刑事立法と刑法学（特集立法学の新展開）」ジュリスト1369号（2008年）64頁
- 松原芳博「外国文献紹介クラス・ロクシン『刑法の任務としての法益保護』」早稲田法学82巻3号（2007年）255頁
- 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系（第6巻）』（日本評論社，1982年）145頁
- 松本時夫「量刑の相場について」法の支配126号（2002年）29頁
- 松本時夫「併合罪と刑の量定について」研修667号（2004年）19頁
- 松本時夫「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」刑法雑誌46巻1号（2006年）1頁
- 松本時夫ほか編『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂，2009年）
- 松宮孝明「刑法47条による併合罪加重の方法」法学セミナー587号（2003年）116頁
- 松宮孝明「裁判員裁判で量刑が上告審で破棄された事例」法学セミナー719号（2014年）111頁
- 村越一浩「法定刑・法改正と量刑（量刑に関する諸問題（3））」判例タイムズ56巻27号（2005）27頁
- 村瀬均「裁判員裁判と報道」『新しい時代の刑事裁判：原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ，2010年）383頁
- 三井誠・酒巻匡『入門刑事手続法〔第5版〕』（有斐閣，2010年）
- 安田拓人「法定刑の改正動向について—犯罪論の立場から—」刑法雑誌46巻1号（2006年）86頁
- 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣，2007年）
- 横山晃一郎「不利益変更の禁止」熊谷弘ほか編『公判法大系IV—上訴—』（日本評論

- 社, 1975年) 87頁
- 吉岡一男「量刑における積極的一般予防論」現代刑事法3巻1号(2001年) 44頁
- 吉田敏雄『行刑の理論』慶應通信(1987年)
- 申東雲・李東熹訳「韓国における刑事司法の改革」刑法雑誌 48巻2号(2009年) 1頁
- 申東雲「韓国の国民参与裁判制度」論究ジュリスト2号(2012年) 85頁
- 裴相均「韓国における両罰規定の改正と法人処罰の根拠—「企業システム過失責任」を中心に—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇42号(2013年) 247頁
- 裴相均「韓国における量刑の意義と量刑判断の不統一に関する検討」中央大学大学院研究年報法学研究科篇43号(2014年) 189頁
- 裴相均「韓国における法定刑の引上げと刑事立法に関する一考察」比較法雑誌48巻3号(2014年) 305頁
- 裴相均「量刑責任に関する検討」中央大学大学院研究年報法学研究科篇44号(2015年) 219頁
- 関永盛・後藤昭「国民参与裁判で行われた第1審判決に対する控訴審の判断基準—韓国大法院2010. 3. 25宣告2009ド14065判決—」刑事法ジャーナル24号(2010年) 33頁
- 李銀模「韓国の国民参与裁判制度の内容と問題点」ノモス23号(2008年) 65頁
- アンジェラ・デイヴィス著・上杉忍訳『監獄ビジネス: グローバリズムと産獄複合体』(岩波書店, 2008年)
- イエシエック・ヴァイゲント著・西原春夫監訳『ドイツ刑法総論』(成文堂, 1999年)
- C・ロクシン著・酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂, 1984年) 115頁
- C・ロクシン著・山田伸直訳「予防と量刑」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂, 1984年) 141頁
- C・ロクシン著・井田良訳「責任刑法の問題性」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂, 1984年) 233頁
- C・ロクシン著・宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂, 1984年)
- クラウス・ロクシン著・平野龍一監修『ロクシン刑法総論第1巻[基礎・犯罪論の構造][第3版] 翻訳第1分冊』(信山社, 2003年)
- クラウス・ロクシン著・山中敬一監訳『ロクシン刑法総論第1巻[基礎・犯罪論の構造][第4版] 翻訳第2分冊』(信山社, 2009年)
- クラウス・ロクシン著・山中敬一監訳『ロクシン刑法総論第2巻[犯罪の特別現象形態] 翻訳第2分冊』(信山社, 2012年)
- チェーザレ・ベッカリーア著・小谷眞男訳『犯罪と刑罰』東京大学出版会(2011年)
- ハインツ・ヴォルフガング著・永田憲史訳「『重く厳しい刑罰=国内の治安の向上!』という式は誤りがないのか?: 犯罪学的調査の観点からのドイツにおける刑法政策及び制裁賦科実務」ノモス 20号(2007年) 67頁
- フランツ・シュトレング著・井田良・小池信太郎訳「ドイツにおける量刑—その概要と現代的課題—」慶應法学 8号(2007年) 123頁

- ベッカー・ゲーリ著・増田辰良訳「犯罪と刑罰:経済学的アプローチ」北海学園大学法学研究41巻3号(2005年)606頁
- ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—日独シンポジウム』(成文堂,2011年)
- ヴィンフリート・ハッセマー著・堀内捷三監訳『刑罰はなぜ必要か:最終弁論』(中央大学出版部,2012年)

〔外国語文献〕

- 姜暲來「韓国における性犯罪者に対する化学的去勢:性暴力犯罪者の性衝動薬物治療に関する法律の概観」比較法雑誌46巻2号(2012年)75頁
- 金永煥・崔錫胤『量刑の刑罰理論的基礎及び個別的な量刑段階に関する考察』(韓国刑事政策研究院,1996年)
- 金永煥「量刑の法的性格と量刑の合理化」刑事政策研究7巻1号(1996年)171頁
- 金日秀『韓国刑法Ⅱ〔総論下〕』(博英社,1993年)
- 金日秀「現代刑事政策の厳罰主義的基本傾向?」高麗法学56号(2010年)513頁
- 金日秀『妥当な量刑調査の主体や調査方式に関する研究—量刑調査制度に関する比較法的研究を中心に—』(大検察庁,2009年)
- 金成圭「刑事立法政策の重罰主義的観点に対する批判的理解」立法と政策3巻1号(2011年)1頁
- 金成敦「責任刑法の危機と予防刑法の限界」刑事法研究22巻3号(2010年)3頁
- 金芝璿ほか『全国犯罪被害調査2010』(韓国刑事政策研究院,2011年)
- 朴光玟ほか『量刑における犯罪被害者の役割の再考方案』(韓国刑事政策研究院,2009年)
- 裴鍾大「特別刑法を一般刑法で作しましょう」刑事政策研究18巻1号(2006年)9頁
- 裴鍾大『刑法総論〔第9版〕』(弘文社,2008年)
- 量刑委員会『年間報告書2007』(2008年)
- 孫東權「量刑合理化のための基礎としての法律上の刑加減体系」刑事政策研究18巻3号(2007年)399頁
- 申東雲『刑法総論〔第7版〕』(法文社,2013年)
- 趙義衍「21世紀韓国の執行猶予制度-現状と問題点,そして改善案-」刑事政策研究17巻4号(2006年)577頁
- 呉英根・李相龍『法定刑と宣告刑の適正化のための模索』(韓国刑事政策研究院,1996年)
- 呉英根「量刑改革の法律(案)の合理的運用案」漢陽大学校法学論叢24集1号(2007年)7頁
- 이민식·박미량「殺人未遂犯罪の量刑に関する経験的研究:第1期量刑基準適用の現状分析」韓国犯罪学4巻2号(2010年)3頁
- 이민식·박미량「強盗傷害犯罪の量刑に関する経験的研究:第1期量刑基準適用の現状

- 分析」刑事政策23巻1号（2011年）153頁
- 李榮蘭『韓国量刑論：量刑の実態に対する経験的研究』（ナナム出版社，1996年）
- 李仁碩ほか「改正刑法上有期懲役の上限調整に関する考察」刑事法研究22巻3号（2010年）33頁
- 李在祥『刑法総論〔第7版〕』（博英社，2011年）
- 李周炯「韓国の量刑慣行の一般的問題点」量刑委員会専門委員研究資料2（2008年）1頁
- 李周炯「韓国に相応しい量刑基準制の争点に対する報告書」量刑委員会専門委員研究資料33（2008年）1頁
- 李炫政・任雄「量刑委員会の量刑基準案に対する批判的考察」成均館法学21巻1号（2009年）359頁
- 李昊重「『韓国量刑の問題点』—量刑基準を設定する場合に検討が必要な量刑システムの問題点を中心に—」量刑委員会専門委員研究資料3（2008年）1頁
- 任英喆「裁判官の量刑意識」刑事政策研究5巻4号（1994年）27頁
- 任雄「経済犯罪に対する刑法的対策」成均館法学初号（1987年）153頁
- 任雄『刑法総論〔第3版〕』（法文社，2010年）
- 조명화·朴光玟「両罰規定と刑事責任—改定された両罰規定の問題点を中心に—」崇実大学校法学論叢23集（2010年）289頁
- 崔錫胤「量刑に対する基礎的理解」刑事政策研究8巻1号（1997年）279頁
- 河泰勳「量刑基準と量刑過程の合理化方案」刑事法研究9号（1997年）235頁
- 許一泰「刑事特別法の問題と改善案」犯罪防止フォーラム19号（2006年）79頁
- 韓国司法研修院『刑の量定』（1987年）
- 韓国法務研修院『犯罪白書（2011年）』（法務研修院，2012年）
- 韓国法務研修院『犯罪白書（2012年）』（法務研修院，2013年）
- 韓国法務研修院『犯罪白書（2013年）』（法務研修院，2014年）
- 韓国法院行政処『司法年鑑2005』（2005年）
- 韓国法院行政処『司法年鑑2011』（2011年）
- 韓国法院行政処『国民参与裁判成果分析（2008年～2011年）』（2012年）
- 韓国統計庁・統計開発院『韓国の社会動向2010』（統計開発院，2010年）
- 韓国統計庁『2012年韓国の社会調査結果』（統計庁，2012年）
- 韓国刑事政策研究院刑法改正研究会『刑事法改正研究Ⅳ，刑法総則改正案：罪数・刑罰分野』（韓国刑事政策研究院，2009年）
- 韓榮洙「特定犯罪加重処罰法上の加重処罰規定の問題点と改善方策」刑事法研究26号（2006年）169頁
- 韓寅燮編『刑法改正案と人権—法務部の刑法改正案に対する批判と最小の代案—』（景仁文化社，2011年）
- Chris Giffard & Lukas Muntingh, “The effect of sentencing on the size of the South African prison population”, *Report commissioned by the Open Society Foundation for South Africa*, Cape Town, Civil Society Prison

- Reform Initiative, 2006, pp.1-86
- Douglas D.Perkins & Ralph B.Taylor, "Ecological Assessments of Community Disorder: Their Relationship to Fear of Crime and Theoretical Implications" , *American Journal of Community Psychology*, Vol.24, 1996, pp.63-107
- Erik Luna, "The Overcriminalization Phenomenon" , *American University Law Review*, Vol.54, No.3, 2005, pp.703-743
- John Pratt, David Brown, Mark Brown, Simon Hallsworth, Wayne Morrison, eds., *The New Punitiveness: Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willan, 2005
- Loren L. Barr, "Three Strikes Dilemma: Crime Reduction at Any Price?" , *Santa Clara Law Review*, Vol.36, 1995-1996, pp.107-150
- Lukas Muntingh, "Punishment and deterrence: Don't expect prisons to reduce crime" , *SA Crime Quarterly*, No.26, 2008, pp.3-9
- Mick Ryan, "Engaging with punitive attitudes towards crime and punishment. Some strategic lessons from England and Wales" , in John Pratt, David Brown, Mark Brown, Simon Hallsworth, Wayne Morrison, eds., *The New Punitiveness: Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willan, 2005, p p.139-149
- Neil Vidmar & Dale T. Miller, "Socialpsychological Processes Underlying Attitudes toward Legal Punishment" , *Law & Society Review*, Vol.14, No.3, 1980, pp.565-602
- Sandra Walklate, *Criminology: The Basics*, 2th ed, London, Routledge, 2011
- Tom R. Tyler & Robert J. Boeckmann, "Three Strike and You Are Out but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers" , *Law and Society review*, Vol.31, No.2, 1997, pp.237-266
- Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch:Kommentar*, 29. Aufl., C.H.Beck, 2014
- Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip. eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Carl Winter, 1961
- Claus Roxin, *Strafrecht AT. I*, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., C.H.Beck, 2006
- Claus Roxin, *Strafrecht AT. II*, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 4. Aufl., C.H.Beck, 2003
- Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot GmbH, 1996
- Hans-Jürgen Bruns, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung fuer die Praxis*, 2. Aufl., Carl Heymanns, 1985
- Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier, *StPO Straf-*

prozessordnung Kommentar, 1. Aufl., Carl Heymanns, 2014
Thomas Fischer, Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen, 61. Aufl., C.H. Beck, 2014
Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd. 1,
4. Aufl., Nomos, 2013
Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch §§ 1-
51, Bd. 1, C.H. Beck, 2003
Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch §§
52-79b, Bd. 2/1, C.H. Beck, 2005

判例（日本）

〔大審院〕

大判明治44・9・25刑録17輯1560頁
大判昭和7・6・6刑集11卷756頁
大判昭和7・9・13刑集11卷1238頁

〔最高裁判所〕

最判昭和24・2・10刑集3卷2号155頁
最判昭和24・3・29裁判集刑8卷455頁
最判昭和25・5・4刑集4卷5号756頁
最判昭和29・3・11刑集8卷3号270頁
最判昭和31・7・18刑集10卷7号1147頁
最判昭和32・11・27刑集11卷12号3113頁
最判昭和34・5・22刑集13卷5号773頁
最判昭和40・3・26刑集19卷2号83頁
最判昭和41・7・13刑集20卷6号609頁
最判昭和49・11・6刑集28卷9号393頁
最決昭和54・3・27刑集33卷2号155頁
最判平成15・7・10刑集57卷7号903頁
最判平成15・10・7刑集57卷9号1002頁
最決平成19・3・22刑集61卷2号81頁
最決平成24・12・17裁判集刑309号213頁
最判平成26・7・24裁時1608号15頁

〔高等裁判所〕

札幌高判昭和29・11・11高等裁判所刑事判例集7卷10号1582頁
東京高判昭和31・1・31東高刑時報7卷1号25頁，判夕56号76頁
高松高判昭和59・1・24判時1136号158頁
東京高判平成4・2・18判夕797号268頁

東京高判平成14・12・10判時1812号152頁
東京高判平成18・10・11刑集61卷2号117頁
大阪高判平成23・2・24判タ1358号248頁
東京高判平成24・6・27東高刑時報63卷130頁
大阪高判平成25・4・11裁判所ウェブサイト，LEX/DB文献番号25504301
高松高判昭和26・3・22高刑4卷4号339頁

〔地方裁判所〕

新潟地判平成14・1・22判タ1095号93頁，判時1780号150頁
大阪地判平成16・10・1判時1882号159頁
東京地判平成17・11・14刑集61卷2号94頁
大阪地判平成22・5・31裁判所ウェブサイト，LEX/DB文献番号25442642
静岡地沼津支判平成23・12・5裁判所ウェブサイト，LEX/DB文献番号25480380
大阪地判平成24・3・21裁判所ウェブサイト，LEX/DB文献番号25481018

判例（韓国）

〔憲法裁判所〕

憲法裁判所全員裁判部1992. 4. 28. 90憲마24決定
憲法裁判所2003. 11. 27. 2002憲마24決定
憲法裁判所2010. 11. 25. 2010憲가88決定

〔大法院〕

大法院1958. 9. 12. 4291형상389判決
大法院1964. 4. 7. 63도410判決
大法院1964. 10. 28. 64도454判決
大法院1970. 6. 30. 70도883判決
大法院1972. 10. 31. 72도2049判決
大法院全員合議体1978. 4. 25. 78도246判決
大法院1984. 11. 13. 84도1897判決
大法院1985. 3. 12. 84도3042判決
大法院1991. 6. 11. 91도985判決
大法院1994. 3. 8. 93도3608判決
大法院全員合議体1997. 3. 20. 96도1167判決
大法院1997. 8. 26. 96도3466判決
大法院全員合議体2003. 2. 20. 2001도6138判決
大法院2009. 2. 12. 2008도6551判決
大法院2009. 9. 24. 2009도7948，2009전도24（併合）判決
大法院2010. 3. 25. 2009도14065判決

大法院2010. 4. 29. 2010도750判決

大法院全員合議體2013. 5. 16. 2012도14788判決