

量刑における「基点」概念の意義

野 村 健 太 郎

- 一. はじめに
- 二. 「基点」論の背景
- 三. 「基点」に関する諸構想
- 四. 量刑判断における「基点」の意義
- 五. おわりに——「量刑傾向との整合性」を追求することについて

一. はじめに

日本の量刑理論は、ドイツのそれから大きな影響を受けてきた。ドイツで論じられる問題の多くが、日本でも論じられてきたのである。

もっとも、ドイツの量刑論と比べて日本ではあまり取り上げられない問題もある。その一つが、「基点」概念をめぐる問題である。⁽¹⁾「基点」⁽²⁾とは、「刑を重くする（加重）」「刑を軽くする（軽減）」という処理の前提となる、「重くも軽くもしない（されていない）状態」を示す概念である。「基点」は、2つの場面で問題となる。

(1) 日本でこの問題を扱ったものとして、林美月子「量刑事情と評価方向」神奈27巻2・3号（1992）135頁以下。

(2) 原語は、Bezugspunkt、Ausgangspunkt、Orientierungspunkt、Einstiegspunkt等である。

まず、個別の量刑事情の評価方向（刑を重くする事情なのか、軽くする事情なのか）が問われる場面で、その「基点」が問題となる。ある事情が刑を重くするの⁽³⁾か軽くするの⁽³⁾かを問うには、「重くも軽くもしない事情」の存在が前提となる。例えば、殺人罪の量刑で、「ひもで首を絞めている」という事情が、「刑を重くする（加重的な）」のか「刑を軽くする（軽減的な）」の⁽⁴⁾かを問うには、「標準的な殺害手段」というものが存在しなければならない。このような、あるメルクマール（上述の例では、「殺害手段」）の「標準値」としての「基点」をどのように確定するかが、問題とされるのである（このような意味での「基点」を、以下では「基点事情」と呼ぶ）。

これに対し、事案全体の評価（事案にふさわしい刑量の決定）に際して、「基点」が問題とされることもある。量刑の基本は、責任（犯罪）の重さに応じた刑を科すことだと考えられて⁽⁵⁾いる。それを量定する手がかりとして、当該構成要件に該当する「標準的な事例」とその責任に応じた「標準的な刑」を想定し、それよりも重い事案にはより重い刑を、軽い事案にはより軽い刑を科すという方法が考えられる。このような、事案評価のための「標準的な事例」としての「基点」をどのように確定するかが、問題とされるのである（このような意味での「基点」を、以下では「基点事例」と呼ぶ）。

ドイツの量刑論では、この「基点事情」の問題と「基点事例」の問題とが、相互に関連しつつ、盛んに論じられてきた。これらは、量刑の形式的な理論枠組みをめぐる問題であり、量刑責任の内容や責任と予防の関係といった実質的価値判断に直接関わるものでは必ずしもない。しかし、実質

(3) Wolfgang Frisch, Über die „Bewertungsrichtung“ von Strafzumessungstatsachen, GA 1989, S. 346.

(4) 司法研修所編『量刑に関する国民と裁判官の意識についての研究』（2007）60頁で、アンケートの設問とされた問いである。

(5) ドイツ刑法46条1項1文は、「行為者の責任は、刑の量定の基礎である」と規定する（訳文は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007）による。以下同じ）。

的価値判断を正しく宣告刑に反映させるためには、形式的な理論枠組みを共有しておくことが必要である。とりわけ、量刑の公平性・整合性⁽⁶⁾を維持するうえで、これらの議論は有益な視点を含んでいるように思われる。このような観点から、本稿では、「基点」の問題が論じられる背景（二）、これまで主張されてきた「基点」の内容（三）について検討し、これらの議論が現在の日本の量刑（論）にどのような示唆を与えてくれるかを考えてみたい（四）。

なお、通説的見解によれば、責任に応じた刑（責任刑）の枠内で（あるいはそれを上限として）、特別予防的考慮によって刑を修正することが認められる⁽⁷⁾。しかし、本稿では、議論が複雑になるのを避けるため、責任刑を量定する段階に議論の対象を絞ることとし、「宣告刑」という言葉も「責任刑」の意味で用いる。

二、「基点」論の背景

「基点」の解明という問題意識が生じた理論的背景としては、主に3つの点が指摘できる。

1. 二重評価禁止原則の拡張

ドイツ刑法46条3項は、「既に法定構成要件の要素となっている事情を考慮してはならない」として、いわゆる二重評価禁止原則⁽⁸⁾を規定している。同原則によれば、例えば、殺人罪の量刑で「被害者が死亡したこと（生命が侵害されたこと）」を量刑事情として考慮することは許されない。

(6) 量刑判断の公平性・整合性の重要性について、原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（2008）3頁参照。

(7) 小池信太郎「量刑における幅の理論と死刑・無期刑」論ジュリ4号（2013）82頁、城下裕二『量刑基準の研究』（1995）109頁以下等参照。

(8) 同原則については、林美月子「量刑における二重評価の禁止」神奈26巻1号（1990）135頁以下参照。

そのような事情は、構成要件と法定刑を設定する際にすでに考慮済みであり、その法定刑の中で裁判官が刑量を選択する根拠として再度持ち出すことはできないのである。この制約は、構成要件要素に限らず、当該犯罪類型の成立要件（不法要素、責任要素等）一般に及ぶと考えられている⁽⁹⁾。

この原則に関して、「同原則は、当該犯罪の実現に（常にはないが）通常付随する事情にも及ぶのではないか」という問題意識が生じた。立法者が法定刑を設定する際には、一定の「典型的な事例」を想定したはずであり、そこに含まれる事情を裁判官が量刑に際して再度考慮することは、二重評価禁止を根拠づけている「立法者と裁判官との役割分担」の要請に反するとされたのである⁽¹⁰⁾。

このような考え方から二重評価禁止の拡張を認めた判例として、連邦通常裁判所（BGH）1984年10月26日第3刑事部決定⁽¹¹⁾が挙げられる。第3刑事部は、強姦罪の量刑に際し、「行為者は、避妊をせず、被害者の性器内に射精した」という事情は強姦罪の「標準的なイメージ（nomalen Erscheinungsbild）」に含まれるものであり、それを加重的に考慮することは46条3項の二重評価禁止に抵触する、との判断を示した。

このような考え方は、犯罪類型ごとに「標準的な事例（基点事例）」が想定されることを前提としている。そのため、そのような事例を構成する標準的事情（基点事情）を明らかにする必要が生じることになるのである。

もっとも、二重評価禁止原則をこのような形で拡張することには批判が強く、その批判は適切なものと思われる。そもそも、「構成要件要素の充足」そのものが量刑事情にならないのは、それが全ての事例に共通する一般的・抽象的な前提であって、その中での具体的な差別化（量刑）には役

(9) Michael Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei Strafrahmenbildenden Umständen, 1982, S. 159ff.

(10) Heinz Zipf, Die Strafmassrevision, 1969, S. 97.

(11) BGH, NSTz 1985, 215.

立たないからである。⁽¹²⁾ だとすれば、二重評価禁止が及ぶのは、当該構成要件に該当する全ての事例に共通する要素、すなわち、犯罪成立に必要な最低限の条件⁽¹³⁾（強姦罪においては、一定の手段を用いた性交⁽¹⁴⁾）のみであり、「標準的な事例」にしか備わっていない事情は、禁止の対象から外れることになるはずである。⁽¹⁵⁾ 46条3項が示しているのは、「構成要件が実現された（保護法益が侵害された）」という抽象的評価をそのまま具体的量刑の根拠とすることはできない、という論理則であり、具体的な実現態様⁽¹⁶⁾（法益侵害の程度）に関わる評価は全て、その射程から外れるのである。⁽¹⁷⁾

同様の考え方から、BGH1990年8月14日第1刑事部判決⁽¹⁸⁾は、強姦罪の量刑に際し、前述の第3刑事部決定とは異なり、「行為者は、避妊をせず、被害者の性器内に射精した」という事情は、二重評価禁止の射程外であっ

(12) Hettinger, 前掲注(9) S. 53f. 参照。

(13) ここでいう「最低限」とは、記述される事情の一般性・抽象性を意味しており、「最も軽いこと」、「最小値」を意味しない。例えば、ある犯罪の可罰的な法益侵害の最低ラインを1とした場合、「法益侵害が1以上である」という抽象的事情は、当該犯罪のあらゆる事例に含まれるものとして、二重評価禁止の対象となるが、「法益侵害が1である」という具体的な事情は、それよりも重い法益侵害との差別化の根拠となるものであって、禁止の対象にはならないのである。

(14) ドイツ刑法177条は、1項で一般的な強制わいせつ行為を処罰対象としたうえで、2項で犯情の重い強制わいせつ行為を列挙してこれを加重処罰する、という形態をとっており、その列挙事項の中に、「性交 Beischlaf」が含まれている。既遂要件としての「性交」の定義については、BGHSt 16, 175 参照。

(15) Hero Schall/ Gesa Schirmmacher, Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes (Teil. 2), Jura 1992, S. 626f.; Alexander Wilcken, Die Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen, 2004, S. 39f.

(16) 二重評価禁止が論理則であることについて、Christian Fahl, Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S. 96 参照。したがってそれは、明文の規定を持たない日本でも、同様に妥当する（原田・前掲注(6) 355頁参照）。

(17) Hettinger, 前掲注(9) S. 126f.; Mohamad El-Ghazi, Der Anwendungsbereich des Doppelverwertungsverbot, JZ 2014, S. 184.

(18) BGHSt 37, 153.

て加重的に考慮し得ると判示している。

かくして、少なくとも、二重評価禁止の適用範囲という文脈では、「基点事情」や「基点事例」を論じる契機は生じないことになる。

2. 「評価方向」確定の要請

(1) 46条2項の文言と伝統的量刑モデル

「基点」理論の多くが出発点とするのは、二重評価禁止を定めた46条3項ではなく、量刑事情の考慮について定めた同条2項である。同項(1文)は、「刑の量定に当たり、裁判所は、行為者にとって有利な (für) 事情及び不利な (gegen) 事情を相互に比較衡量する」と定めている。この規定が、事情相互の衡量に先行して、各事情の「評価方向 (Bewertungsrichtung)」(有利か不利か)を決めておくべきことを要請しているのだとすれば、そこ⁽¹⁹⁾では、当然にその「基点」となる標準的事情の存在が前提とされているはずだ、ということになるのである。

このような解釈を支えるのが、ドイツ量刑論における伝統的な5段階モデルである。これは、量刑判断過程を、i 刑罰目的の確定、ii 量刑事情の選別、iii 各量刑事情の評価方向の確定、iv 諸事情の相互衡量、v 数量化(刑量への変換)⁽²⁰⁾という5段階に分けるものである。ここでは、各量刑事情の評価方向を個別に確定しておくこと(iii)が、それらの相互衡量(iv)の前提とされている。そのため、加重的事情と軽減的事情の間に、加重的⁽²¹⁾でも軽減的でもない(ニュートラルな)状態(基点事情)が想定されること

(19) Fahl, 前掲注(16) S. 107.

(20) Hans-Jürgen Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2., Aufl., 1985, S. 6. 同モデルを出発点としつつ、それを修正したモデルを提示するものとして、小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について」法研82巻1号(2009)607頁以下。

(21) 5段階モデルの提唱者自身は、これを、「単に有意であるに過ぎない (schlicht relevanten) 事情」と呼び、「加重的事情」「軽減的事情」と並ぶ第3のカテゴリーと位置づける(Hans-Jürgen Bruns, *Über die „Bewertungsrichtung“ negativ formulierter Strafzumessungstatsachen*, JR 1987, S. 94.)。ある事情の存否が刑量を左右する(有意である (relevant))ことは確かだが、その事情の存在が、加重や

になるのである。

（２） 量刑事情の「存在」と「不存在」の区別

このような考え方を前提に、判例でしばしば援用されてきたのが、「軽減事由の不存在は、加重事由にはならない（また、加重事由の不存在は、軽減事由にはならない）」というテーゼ（以下、「不存在考慮禁止テーゼ」）である。⁽²²⁾これによれば、A という事情の存在が刑の軽減を根拠づけるとき、「A は存在しなかった」ということは、刑を軽減しないことの根拠にはなっても、殊更に加重する根拠にはならないとされる（ニュートラルな事情）。A の不存在は、そこで「基点」とされているのである。BGH はしばしば、このテーゼに反した考慮を行ったとされる量刑を破棄してきた。⁽²³⁾

もっとも、ある状態が量刑事由の「存在」なのか、それとも「不存在」（ニュートラルな状態）に過ぎないのかを区別する基準は、必ずしも明らかではない。例えば、窃盗罪の量刑において、「行為者は、経済的困窮状態にはなかった（にもかかわらず、窃盗を行った）」という事情は、それ自体として加重事由といえるのだろうか。それとも、「行為者は、経済的困窮状態にあった」という軽減事由の「不存在」に過ぎないのだろうか。

この点については、まず、肯定的な表現で記述された事情か、否定的な表現で記述された事情か、という区別基準が考えられる。例えば、「行為者は、経済的困窮状態にあった」という肯定的な表現による記述は、軽減事由の「存在」を示すものであるのに対し、「行為者は、経済的困窮状態にはなかった」という否定的な表現による記述は、軽減事由の「不存在」を示したものに過ぎず、それを加重的に考慮することはできない、と考えるのである。しかし、このような基準は、実際には役に立たないであら

軽減の「否定」という消極的意味しか持たないとき（その不存在が、加重・軽減を導くものであるとき）、この第3のカテゴリーに分類されるのである。

(22) このテーゼをめぐる判例・学説について、林・前掲注（1）135頁以下参照。

(23) 破棄事例の概観について、Fahl, 前掲注（16）S. 164ff. 参照。

う。ある事態を記述する言葉が肯定的なものか否定的なものかは、記述される事態の本質とは必ずしも関係がないからである。⁽²⁴⁾ 例えば、「行為者は、経済的困窮状態にはなかつた」という否定的表現で記述される事態は、「行為者は、良好な経済状態にあつた」という肯定的表現によって記述することも可能である。⁽²⁵⁾ 前者の加重的考慮は許されないが、後者の加重的考慮は許されるという区別に、合理性はないであろう。

また、しばしば、「当該事案で現実存在した事情は考慮できるが、当該事案とは無関係な仮想的な事情について、その不存在を考慮することはできない」という区別基準が示されることもある。⁽²⁶⁾ しかし、ある事情が現実的に「存在する」と、仮想的な事情が「存在しない」との区別は相対的なものであり、そこから確たる基準を導き得るかは疑わしい。そもそも、ある量刑事情が「存在する」との記述は、仮想的な事情との比較を⁽²⁷⁾含意しているのが通常である。例えば、「行為者は、経済的困窮状態にあつた」という事情（の記述）は、「行為者は、経済的困窮状態にはなかつた（良好な経済状況にあつた）」という仮想的な事情との比較を前提としたものである。この場合、これを現実の事情の「存在」と捉えるか、仮想的な事情の「不存在」と捉えるかによって考慮の可否が変わるのは、不合理であるように思われる。

このように、記述された事態が加重事由の「存在」か軽減事由の「不存在」か（あるいは、軽減事由の「存在」か加重事由の「不存在」か）を区別する基準が、必ずしも明らかではないことから、その区別を前提とする不存在考慮禁止テーゼに対する態度は、BGHの内部でも刑事部ごとに分かれ

(24) Bruns, 前掲注 (21) S. 94.

(25) BGHSt 34, 345.

(26) BGH, NSTZ 1981, 60.

(27) もっとも、あるメルクマールに関する一定の「値」を直接に示す形で記述された事情（「被害額は100万円である」等）においては、そのような「比較対象」は前提とされない（野村健太郎「量刑導出の理論的過程と量刑事情の機能」愛学55巻1・2号（2014）251頁以下参照）。

⁽²⁸⁾
ていた。

（３）BGH 大刑事部決定と学説の反応

そのような中で登場したのが、BGH1987年4月10日大刑事部決定⁽²⁹⁾である。窃盗罪の量刑で「行為者は経済的困窮状態にはなかった」という事情を加重的に考慮し得るかについて、第1刑事部から判断を求められた大刑事部は、かかる事情の考慮の可否は「個別の事案の状況に応じて判断するほかない」として、不存在考慮禁止テーゼの画一的適用からは距離を置いた判断を示した。これは、同テーゼが前提とする「ニュートラルな状態」⁽³⁰⁾（基点）の統一的な設定を絶対的な要請とせず、事案ごとの総合評価を志向するものといえる。そのような判断に至った理由としては、量刑に当たる事実審裁判官には大きな裁量を与えられており、上訴審による審査は謙抑的であるべきことが挙げられている。

ところが、これに対しては、学説上多くの批判が向けられた。「加重的」「軽減的」という評価は、当然にその「基点」の存在を前提としている。「基点」の確定を放棄するということは、量刑事情の評価方向という法律問題⁽³¹⁾について、統一的な基準の共有をあきらめることを意味し、ひいては上訴審による量刑審査も不可能になる、というのが、批判の要点である。⁽³²⁾

このように、同決定に批判的な立場からは、加重事由の「存在」と軽減

(28) 判例の状況について、林・前掲注（1）138頁以下参照。

(29) BGHSt 34, 345.

(30) 「基点事情」の確定は不可能だとして、事案ごとの総合評価を主張する学説として、Eberhard Foth, Strafschärfung/ Strafmilderung, JR 1985, S. 397ff.

(31) Martin Niemöller, Strafschärfung wegen fehlenden Milderungsgrunds?, GA 2012, S. 349f. は、量刑事情の評価方向が、法律問題（Rechtsfrage）として上訴審による審査の対象となることを強調する。

(32) Frisch, 前掲注（3）S. 345ff.; Hero Schall/ Gesa Schirmmacher, Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes (Teil. 1), Jura 1992, S. 518. かかる批判が（どの程度）説得力を持つかについては、後述（四）。

事由の「不存在」（あるいは、軽減事由の「存在」と加重事由の「不存在」）を区別するために、その「基点」を明らかにする必要があるとされ、その確定基準について議論が続けられることになったのである。

3. 数量化の手がかり

また、最終的な宣告刑を量定する段階（数量化）においても、その手がかりとしての「基点事例」が必要だと考えられている。前述のように（一）、量刑の基本は責任の重さに応じた刑（責任刑）を科すことであるが、当該事案だけを観察して責任刑をダイレクトに導くことはほとんど不可能であるため、何らかの比較対象が必要となるのである⁽³³⁾。

もっとも、法定刑は、どの程度の重さの事例にどの程度の刑を科すべきかを示す連続的な「スケール（ものさし）」を含んでいる、という考え方⁽³⁴⁾（スケール論）からは、そのような比較対象は不要になる。「スケール」に従った量刑をすることで、事案ごとの責任刑は自ずと導かれるからである。しかし、法定刑は、「重い事例には重い刑を、軽い事例には軽い刑を」というごく大まかな指針にはなるとしても、これを精確な量刑の基準とすることは、あまり現実的とはいえない⁽³⁵⁾。

そこで、一定の内容と量刑を持った「基点事例」を法定刑の中に設定し、それとの比較を通じて宣告刑を導くという方法が、有力に主張されることになったのである。

三．「基点」に関する諸構想

ここでは、基点（事情・事例）の定義・確定方法に関してこれまでに示

(33) 林・前掲注（1）156頁参照。

(34) Eduard Dreher, Über die gerechte Strafe, 1947, S. 61ff.; 小島透「量刑判断における法定刑の役割」香川26巻3・4号（2007）31頁以下も参照。

(35) スケール論への批判の詳細については、Fahl, 前掲注（16）S. 186ff. 参照。

されてきた構想を概観しつつ、その妥当性・有用性について検討を加えることにする。

1. 理論上の最大値・最小値

まず、問題となるメルクマールについて理論上想定される「最大値」または「最小値」を基点とする方法が考えられる。前者を基点とすれば、あらゆる事情が軽減事由となり、後者を基点とすれば、あらゆる事情が加重事由となる。しかし、このような方法は、「加重」「軽減」という概念の常識的な理解とは大きくかけ離れてしまうこと⁽³⁶⁾、メルクマールごとの最大値・最小値（例えば、「最も悪い動機」「最も良い動機」）を確定することが通常不可能ないし困難であることから、少なくともそのままの形では採用できないと考えられている⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾。

2. 理論上の平均事例

また、法定刑の中心に対応する事例を「理論上の平均事例（denkbare Durchschnittsfall）」として基点に位置づける方法も考えられる。

もっとも、これはあくまで科される「刑の重さ」による定義に過ぎず、事例の内容（どのような事情によって構成されているのか）による定義では

(36) Fahl, 前掲注 (16) S. 120f. は、このような方法は46条2項が「行為者にとって有利な事情及び不利な事情」の比較衡量を求めていることにも反するとする。

(37) もっとも、構成要件充足に最低限必要な程度を「最小値」として定義することは、可能かも知れない（Wilcken, 前掲注 (15) S. 96.）。

(38) なお、前述の1990年1刑事部判決が、強姦罪の構成要件充足を超えた要素は量刑上考慮し得るとした点について、「最小値」を基点としたものと捉える見解もある（Tatjana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 376; Wilcken, 前掲注 (15) S. 96.）。しかし、同判決の趣旨は、構成要件の具体的な実現態様は量刑上考慮し得るというものであって、どのような実現態様を基点とすべきかについては、何ら基準を示していない。むしろ、前述の1987年大刑事部決定を受けて、特定の基点をあらかじめ確定するという発想自体から距離を置いたものと見た方がよいであろう（Michael Hetttinger, Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots und zum Begriff des „normalen Erscheinungsbildes“, GA 1993, S. 22f.）。

ないため、そのままでは「基点事例」とはなり得ない。⁽³⁹⁾ 特定の内容（量刑事情の組み合わせ）を持った事例でなければ、当該事案との比較はできないからである。しかし、「平均事例」の内容を確定することは不可能である。というのも、同じ刑を科される同じ重さの事例であっても、その内容は様々だからである。例えば、損害はそれほど大きくはないが非難可能性の高い事例と、損害は大きいが非難可能性の低い事例とで科される刑が同じである場合に、どちらが「基点事例」となるかを定めることはできない。⁽⁴⁰⁾ かくして、この構想も、現在では支持を失っている。⁽⁴¹⁾

3. 刑法の規定を基準とした標準値

現在に至るまで有力に主張されているのが、刑法総則・各則の規定から各メルクマールの標準値を抽出しようという構想である。⁽⁴²⁾ このような標準値は、「規範的標準事例（normative Normalfall）」と呼ばれ、何らかの刑法

(39) Ulfrid Neumann, Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts, in: FS für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, 1992, 445f. なお、この構想は、後述する「規範的標準事例」論と同視されることもあるが（Fahl, 前掲注（16）S. 122.）、後者は、あくまで「事例の内容（それを構成する事情）」によって基点を定義しようとするものであり、両者は区別すべきである（Ute Ahlers-Grzibek, Der normative Normalfall in der Strafzumessung, 2003, S. 120.）。

(40) Franz Streng, Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte, NStZ 1989, S. 396.

(41) Michael Hettinger, Über „Fälle“ als Vergleichsfälle und „Umstände“ als Ausgangswerte oder Bezugspunkte zur Ermittlung der Berwertungsrichtung bei der Strafzumessung, in: FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1165.

(42) 先駆的なものとして、Werner Theune, Grundsätze und Einzelfragen der Strafzumessung (Teil. 2), StV 1985, S. 205.。

(43) 「基点事情」を示すネーミングとして「事例」という言葉が用いられるのはミスリーディングであることから（Fahl, 前掲注（16）S. 128f.）、「標準状態（Normalzustand）」という呼び方も提唱されている（Ahlers-Grzibek, 前掲注（39）S. 123.）。もっとも、そのような標準値（基点事情）で構成された総体としての事例を「標準事例」と呼ぶことも可能かも知れない。

上の規定によって根拠づけ得ることが、その利点だと考えられている。⁽⁴⁴⁾

もっとも、このような考え方に対しては、刑法の規定から本当に標準値を抽出できるのか、という根本的な疑問が向けられている。前述（二. 2（3））の1987年大刑事部決定も、「法律は（規範的）標準事例を知らない（ein (normativer) Normalfall dem Gesetz fremd ist）」⁽⁴⁵⁾と述べて、この構想を明確に斥けている。

そのような批判を受けて、これを擁護する立場からは、個別のメルクマールの標準値を例示することによって、その構想を具体化する試みがなされてきた。⁽⁴⁷⁾

例えば、ある論者によれば、前述（二. 1）の1990年1刑事部判決で問題となった、強姦罪における「行為者は避妊をしなかった」という事情は、強姦罪の規範的標準事例に属するものであり、（二重評価禁止の射程外であっても）⁽⁴⁸⁾加重的には考慮できないとされる。⁽⁴⁹⁾

その根拠について、論者はまず、強姦罪の保護法益には性的自己決定だけでなく、望まない妊娠の防止も含まれるのだから、妊娠の危険を裏付ける事情（「避妊をしなかった」）は、強姦罪にとって標準的な事情といえる^{と説明する}。しかし、妊娠の危険が犯罪成立の必要条件ではない以上、刑法がその存在を標準と捉えていると解釈すべき必然性はないように思われる。まして、どの程度の危険が標準的なのか（避妊措置が取られなかったこ

(44) この構想を支持する論者は、後述の経験的通常性から「基点」を導く構想（三. 4）は法律による裏付けを持たないものだ^{と批判する}（Ahlers-Grzibek, 前掲注（39）S. 114.）。

(45) Eckhard Horn, Strafschärfung und Strafmilderung — im Verhältnis wozu?, StV 1986, S. 169f.

(46) BGHSt 34, 345.

(47) そのような試みとして、Ahlers-Grzibek, 前掲注（39）S. 123ff.

(48) BGHSt 37, 153.

(49) Schall/ Schirmmacher, 前掲注（15）S. 629f. なお、論者はさらに、「被害者の性器内に射精した」という事情についても、同じく強姦罪の規範的標準事例に属するとしている（同論文 S. 630f.）。

とを前提とした危険か否か)を条文から読み取ることはできないであろう。⁽⁵⁰⁾

他方、量刑事情を例示した46条2項2文が「損害回復の努力」を挙げていることも、根拠として挙げられる。損害を回復するための^{事後的な}努力が量刑上の^{軽減事由}になるのであれば、損害を抑えるための^{事前の}努力(避妊)は、^{なおさら}軽減事由として扱うべきである、というのである。また、24条が、損害発生の防止を意味する中止未遂を刑の^{免除事由}としていることも、避妊という損害防止措置を(少なくとも)量刑上の^{軽減事由}とすべき根拠になるという。このような理解を前提とすれば、「避妊をした」を標準事例に属するものとして当然視する解釈は、刑法の立場と整合しないものとして排斥されることになる。むしろ、避妊をしなかったことが、強姦罪の規範的標準事例に属するものとされるのである。したがって、「行為者は避妊をしなかった」は基点事情であり、これを加重的に考慮することは許されないことになる。

しかし、このような解釈が必然的なものかは疑問である。まず、中止未遂の規定は、既遂構成要件の充足に最低限必要な損害(構成要件の結果)を防止した場合について定めたものであり、それを超えた付加的な損害(妊娠や性感染症の高い危険)の防止について定めたものではない。「構成要件充足を超えた付加的損害は加重事由であり、その防止は加重事由の不存在に過ぎない(軽減事由にはならない)」という解釈も、24条とは矛盾しないはずである。また、46条2項2文にいう「損害回復の努力」についても、構成要件充足を超えた付加的損害の回復までそこに含まれるのかは明らかではない。同文が「有責な行為結果」をも量刑事情として挙げていることに照らせば、「妊娠・性感染症の危険という『有責な行為結果』は加重事由であり、その回復や防止は加重事由の不存在に過ぎない(軽減事由にはならない)」という解釈も同様に成り立つはずである。上述のように、論者は、一種の「もちろん解釈」によって結論を導こうとしている(「な

(50) 177条2項1号は、要件として「行為者が〔一定の手段を用いて〕被害者と性交し」と定めているだけである。

おさら」「少なくとも」)。しかし、構成要件充足を意味する「損害」と、それを越えた付加的「損害」という、内容の異なる「損害」を比較しても、必然性のある推論は導かれぬ。結局、「行為者は避妊をしなかった」というのが、標準事例からの逸脱（加重事由の存在）なのか、それとも標準事例への該当（軽減事由の不存在）に過ぎないのかを判断するうえで、刑法の規定は決め手にならないように思われる。

これに対し、避妊の有無や行為者の経済状況といった個々のメルクマールの標準値ではなく、それによって評価される規範的なカテゴリー（「行為不法」、「結果不法」、「責任」等）における標準値を基点とする立場⁽⁵¹⁾からは、「(完全な)責任の存在」こそが「責任」というカテゴリーの標準値になるという主張もなされる。ドイツの刑法典には、責任の積極的な認定を常に要求するような規定はなく、責任阻却・減少事由が例外的に規定されているに過ぎない⁽⁵²⁾。これは、刑法が「完全な(減少していない)責任」を標準とし、責任が「存在しない状態」や「減少した状態」を例外として位置づけていることを意味する、というのである。このような理解からは、「完全な責任」を基礎づける事情は標準値(基点事情)とされ、そこからの減少を基礎づける事情が軽減事由とされることになる。「行為者は経済的困窮状態にはなかった」という事情も、それが「完全な責任」を基礎づけるに過ぎないのであれば、加重的考慮はできないことになる。

しかし、責任減少規定はあくまで法定刑という「枠」の減輕(処断刑の形成)に関する規定であって⁽⁵⁵⁾、これに該当しないことが直ちに「完全な

(51) Frisch, 前掲注(3) S. 355ff.

(52) Hörnle, 前掲注(38) S. 381ff.

(53) 論者は、故意・過失(15条)を専ら不法要素とする前提に立っているようである(Hörnle, 前掲注(38) S. 383ff.)。

(54) 19条(14歳未満であることによる責任無能力)、20条(精神障害を理由とした責任無能力)、21条(限定責任能力)が挙げられる。

(55) 21条にいう限定責任能力が認められた場合には、49条に従い処断刑が減輕される。

(減少していない) 責任」を意味するわけではない。「枠」の減輕がなされない事案であっても、その責任の程度は様々なはずである。⁽⁵⁶⁾したがって、⁽⁵⁷⁾刑法が「完全な(減少していない)責任」を標準としているという評価を、刑法の規定形式から導くことはできないように思われる。

ここまでで明らかなように、「規範的標準事例」という構想は、「犯罪の成否」や「処断刑の形成」という類型的・抽象的判断に関わる規定から、具体的な量刑のための標準値を導こうとするものであり、それ自体が不可能な試みであるように思われる。⁽⁵⁸⁾抽象的効果に関する規定から導くことができるのは、その抽象的効果の基準だけである。同様に、46条2項で例示列挙された量刑事情も、抽象的に記述されているだけであり、具体的な⁽⁵⁹⁾「基点」を決めるための基準とはなり得ないように思われる。

なお、法律の規定そのものからは基準を導けない場合でも、「法共同体の観念 (Vorstellungen in der Rechtsgemeinschaft)」に照らして標準値の内容を明らかにすることは可能だとする主張もある。⁽⁶⁰⁾しかし、そこではすでに、標準値を刑法の規定自体から読み取することは放棄されている。また、⁽⁶¹⁾「これが当該犯罪の標準的な事例だ」という一致した見解が国民の間に存在するという想定は、あまり現実的なものとはいえないように思われる。⁽⁶²⁾

かくして、刑法の規定からメルクマールごとの標準値(基点事情)を明

(56) もっとも、そもそも「完全な(減少していない)責任」というものを観念できるかは、疑問である(野村健太郎「量刑における責任相当性の意義」早研139号(2011)180頁以下参照)。

(57) 高山佳奈子「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第2巻』(2011)242頁以下参照。

(58) Vgl., Streng, 前掲注(40) S. 396.

(59) もっとも、同様の規定のない日本では、この議論の前提がそもそも欠ける。

(60) Frisch, 前掲注(3) S. 365; Fahl, 前掲注(16) S. 139.

(61) 論者らは、そのことを自覚しており、自説のモデルを、規範的標準事例とは区別して「通常の事例像 (Regeltatbild)」と呼び、法律上の規定に加え、経験的通常性や法共同体の観念をも取り込んだ複合的な判断枠組みを提示している(Frisch, 前掲注(3) S. 361ff.; Fahl, 前掲注(16) S. 132ff.)。

(62) Wilcken, 前掲注(15) S. 91.

らかにする、という構想は採用できない。⁽⁶³⁾

4. 経験的通常性に基づく「基点」

「基点」を法律から読み取ることにはできないと考える立場からは、経験的事実から導かれた基点（「通常事例（Regelfall）」）に依拠した構想が主張される。⁽⁶⁴⁾ 判例において、「理論上の平均事例」⁽⁶⁵⁾（三. 2）と区別されたものとして、「経験的に最も頻繁に生じる事例（erfahrungsgemäß am häufigsten vorkommenden Fällen）」への言及がなされて以降、その内容について、いくつかの理解が示されてきた。

まず、法定刑の中で「統計上最も多く科されている刑」⁽⁶⁶⁾（通常刑）に対応する事例を「通常事例」と位置づける理解があり得る。しかし、このような理解では、「理論上の平均事例」⁽⁶⁷⁾（三. 2）について指摘されたのと同じ問題が生じる。すなわち、そのような意味での「通常事例」は、科される「刑の重さ」によって定義されたものに過ぎず、それがどのような量刑事情によって構成されたものかは明らかにならないため、個々のメルクマールの「通常値」をそこから抽出することはできないのである。

これに対し、刑の重さではなく、事例の内容（どのような量刑事情で構成されているか）に着目して、最も発生頻度の高いタイプの事例を「通常事例」とすることも考えられる。このような理解からは、「通常事例（基点事例）」を構成する量刑事情が、そのまま「基点事情」となる。基点事情よりも重い／軽い事情が当該事案に認められれば、それが、通常事例に

(63) 近時、再び規範的標準事例を基準とすべきことを主張する Niemöller, 前掲注 (31) S. 352. と、それを批判する Hettinger, 前掲注 (41) S. 1175ff. を参照。

(64) 代表的なものとして、Horn, 前掲注 (45) S. 168ff.; 林・前掲注 (1) 164頁以下も、統計的な通常事例を基点事例とした量刑を適切と評価している。

(65) BGHSt 27, 2.

(66) Hettinger, 前掲注 (9) S. 149. は、判例のいう「経験的に最も頻繁に生じる事例」をそのように理解している。

(67) Hettinger, 前掲注 (9) S. 149.

じた刑（通常刑）よりも重い／軽い刑を科す根拠となるのである。⁽⁶⁸⁾

しかし、「最も発生頻度の高いタイプの事例」が、構成要件ごとに一つに決まるという保証はない。異なる複数のタイプの事例が同程度の頻度で生じている場合に、そのうちどちらを基点事例とするかを選ぶ基準はないのである。⁽⁶⁹⁾ 結局、構成要件ごとに一つの「通常事例」（基点事例）を想定し、そこに含まれる事情を基点事情とする、という構想は維持できないように思われる。⁽⁷⁰⁾

これに対し、（総体としての「事例」ではなく）個々のメルクマールごとの「通常値」を明らかにすることは、可能かも知れない。しかし、あらゆるメルクマールについて「通常値」を確定することに意味があるかは、疑わしい。例えば、窃盗罪には、空き巣・万引き等様々な類型があり、それぞれに想定される規模も異なる⁽⁷¹⁾ところ、窃盗罪一般について「通常の被害額」を確定することが何の役に立つのかは、不明である。

そもそも、「通常事例」という概念は、「事例 (Fall)」という言葉が示すように、当該事案にふさわしい刑を科すための手がかりとなるべく、一定の内容と刑量を与えられた「基点事例」として構想されたものであった。⁽⁷²⁾ これを用いることによって、通常事例（に含まれる事情）との「差異」から通常刑との「差異」（加重・軽減）を導く、という量刑判断手法（いわば

(68) これはあくまで、構成事情の内容によって定義された「通常事例」に、一定の刑量に対応するというに過ぎず、「統計上最も多く科されている刑」をダイレクトに基準とする方法とは異なる。

(69) Streng, 前掲注 (40) S. 396.

(70) 批判者からは、「通常事例」の主唱者 (Horn, 前掲注 (45) S. 168ff.) でさえその具体的内容を示せていないことが、その構想の困難さを物語っているとも指摘されている (Frisch, 前掲注 (3) S. 352)。Hettinger, 前掲注 (41) S. 1165f. は、2012年の時点でもそのような評価は変わらないことを指摘している。

(71) 例えば、警察庁『犯罪統計書 平成26年の犯罪』326頁以下によれば、空き巣では被害額1万円以上10万円未満の認知件数が最も多いが、万引きでは3000円未満の認知件数が最も多いとされる。

(72) Fahl, 前掲注 (16) S. 126f.

「足し算・引き算」的な量刑) が可能になると考えられていたのである。

しかし、上述のように、特定の内容と刑量を持った「通常事例」の確定は不可能と考えられる以上、それとの「差異」を用いた判断手法も放棄せざるを得ない。そのような中で、個別のメルクマールごとに独立に「通常値(基点事情)」を明らかにしても、そこに何らかの刑が対応するわけではなく、それと当該事案の事情とを比較したところで、何らかの刑量が導かれることにはならない。

「規範的標準事例」論(三. 3)においては、個別のメルクマールごとの「標準値」を明らかにすることに、数量化の問題とは切り離された独自の意義が認められていた。何を加重事由・軽減事由とするかは、刑法の規定が示す統一の基準によって決めるべきだ、という発想が出発点とされていたからである。⁽⁷³⁾これに対し、そのような基準を法律から読み取ることを初めから放棄している「通常事例」論にとっては、個別のメルクマールごとに「基点」を明らかにすることにどのような意義があるのかは、必ずしも明らかでない⁽⁷⁶⁾のである。この点については、後に(四. 6(3))再び検討することにした。

(73) 当然のことながら、刑が対応するのは、「事例」であって「事情」ではない(Fahl, 前掲注(16) S. 129.)。

(74) 同理論の初期には、規範的標準事例は法定刑の中心の刑に対応する、とも考えられていたが(Theune, 前掲注(42) S. 209.)、そのような考え方は同理論からも必然ではないと指摘されている(Ahlers-Grzibek, 前掲注(39) S. 196.)。

(75) Niemöller, 前掲注(31) S. 351f.

(76) Hans-Jürgen Bruns, Die Bedeutung des Durchschnitts-, des Regel- und des Normalfalls im Strafzumessungsrecht, JZ 1988, S. 1057f. は、最終的刑量を導く手がかり(「基点事例」)としての通常事例の有用性は認めつつ、個別メルクマールの基点(基点事情)としての意義は否定している。

四. 量刑判断における「基点」の意義

1. 「基点事情」論および「基点事例」論の限界

三で見えてきた構想は、いずれも有用性のある「基点」を示すことには成功していないように思われる。もっとも、「基点事情」や「基点事例」そのものの有用性が否定できないのであれば、それらについて、従来示されてきたのとは異なる構想を新たに示さなければならない。しかし、それらが果たして有用なのか、有用だとしてどの範囲で有用なのかについては、再度検討すべきであるように思われる。

(1) 「基点事情」論の有用性

「基点事情」論の出発点は、各量刑事情の評価方向は法律問題であり、判断者ごとにその判断がバラバラであってはならない、という問題意識であった(二. 2(3))。あらかじめ「基点」を確定しておかなければ、同じ事情が「加重的」になったり「軽減的」になったりしてしまい、裁判所が国民に統一的な価値判断を提示することもできなくなるというのである。⁽⁷⁷⁾

もっとも、例えば、窃盗罪における「行為者は経済的困窮状態にはなかった」という事情のように、一定の仮想的⁽⁷⁸⁾事情は、加重的に考慮されることはあっても、軽減的に考慮されることはあり得ない⁽⁷⁹⁾。この場合、基

(77) Frisch, 前掲注(3) S. 347.

(78) 論者は、「被害額」のように、特定の比較対象を前提とせずに記述される量的な(steigerungsfähig)メルクマールについては、基点の設定は不可能(不要)としている(Frisch, 前掲注(3) S. 369.)。

(79) 加重・軽減両方向に評価される事情は存在し得るが(ある事情が責任判断では軽減的に、特別予防判断では加重的に考慮され得る点について、川崎一夫『体系的量刑論』(1991) 97頁以下参照)、それは、基点をどこに設定するかとは関係のない

点の位置によって変わり得るのは、それを「加重事由の存在」として捉えるか「軽減事由の不存在」として捉えるかである。しかし、「加重して懲役4年の刑を科す」という説明と「軽減せずに懲役4年の刑を科す」という説明が、国民に対して異なる価値判断を提示することになるとは考えにくい。

たしかに、「行為者は経済的困窮状態にはなかった」という事情を、同じ事情を持つ事例との関係で「加重事由の存在」と捉えれば、誤った結論（宣告刑）を導いてしまうことになる。しかし、そのような事態を避けるためには、比較対象となる事例の内容や刑量を正しく把握しておけばよいのであり、あらかじめ統一的な基点を設定しておく必要はないであろう。⁽⁸⁰⁾

多くの論者が統一的な「基点事情」を求める背景には、「行為者に有利な事情と不利な事情」の相互衡量を求めるドイツ刑法46条2項1文が、全ての事情をあらかじめ軽減的事情と加重的事情に分類すべきことを前提としているという理解がある。ある事情が軽減的か加重的かを知るためには、その中間にある基点が明らかになっている必要があるとされるのである（二.2(1)）。

しかし、あらゆる事情をあらかじめ「加重的」と「軽減的」のいずれかに分類しておかなければならない実質的根拠は不明である。そもそも、「より重くする（加重）」や「より軽くする（軽減）」という相対的効果をいくら積み上げても、「懲役〇年」という「絶対量」を導くことはできないはずであり、全ての事情がそのいずれかに分類されるというのは、量刑プロセスの正しい説明とはいえないように思われる。⁽⁸¹⁾46条2項1文の趣旨を

問題である。「評価方向」という言葉は、当該事情の実質的評価の内容という意味で用いられる場面と、形式的な記述方法（何を比較対象として記述するか）という意味で用いられる場面があり、両者は区別されなければならない。

(80) 原田國男『裁判員裁判と量刑法』（2011）128頁以下も参照。

(81) Wolfgang Frisch, Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus, in: Tatproportionalität, 2003, S. 170f.; 野村・前掲注(27) 242頁以下参照。

上述のように解釈する必然性があるかについては学説上争いがあるが、条文に不合理な意味づけを行うような解釈は、可能な限り避けるべきであろう。まして、そのような条文上の制約が存在しない日本では、あらゆる事情を「加重的」と「軽減的」のいずれかに分類する必要性は認められない。

(2) 「基点事例」論の有用性

「基点事例」についてこれまで示されてきた構想も、いずれも採用できないものである。もっとも、任意の事例を「基点事例」として1つ選び、それとの比較によって宣告刑を導くという方法は、原理的には可能である。しかし、構成要件ごとに1つの「基点事例」を選び、常にそれとの比較によって宣告刑を導くという方法には、そもそもあまり合理性がないように思われる。というのも、そこで選ばれた基点事例の量刑が正しいものである保証はなく、誤った量刑との比較をいくら精確に行っても、誤った刑が導かれるだけだからである。そのような危険を回避するためには、比較対象を1つに絞るよりも、むしろできるだけ多くの事例を参考資料として用いた方がよいはずである。

また、同一構成要件に該当する事案を全て、基点事例との「差異」ないし「距離」によって評価することも現実的ではない。⁽⁸²⁾ 例えば、ある構成要件については懲役3年の事例を「基点」とし、「マイナス1年」の事情があれば懲役2年、「プラス7年」の事情があれば懲役10年を科す、という方法を裁判官が採ることは、あまり考えられないように思われる。そのような方法では、当該事案の量刑事情が合計でどの程度の「差異」を根拠づけるのかを精確に把握しなければならないが、そのような把握は、「差異」

(82) Strengh, 前掲注(40) S. 397. は、そのような解釈に必然性はないとして、「加重的事情」と「軽減的事情」の2分類の貫徹を放棄する。これに対し、Niemöller, 前掲注(31) S. 343. は、2分類を維持することが法律の要請だとする。

(83) このような方法を採用する場合にのみ、あらゆる量刑事情を「加重的」と「軽減的」に分類すべきことになる。

が大きなものになればなるほど、困難になるのである。

2. 伝統的量刑モデルの限界

従来の「基点事情」論および「基点事例」論の限界は、ドイツの伝統的な5段階モデル（二. 2(1)）の限界をも意味する。同モデルでは、各量刑事情の評価方向を確定した後、それらを相互衡量し、刑量に変換する（数量化）、というプロセスが想定されている。

しかし、実際には、量刑事情の相互衡量の結果を、そのまま刑量に変換することはできない。すでにみたように（四. 1(1)）、加重的・軽減の評価をいくら積み重ねても、「絶対量」としての刑量は導かれないからである。伝統的モデルによる量刑が可能であるためには、「絶対量」としての重さ（刑量）を持った「基点事例」が不可欠であり、それとの比較（加重・軽減）によって当該事案を評価することが、同モデルでは予定されていることになる。しかし、そのような事例を前もって設定することはできない以上、このような方法も放棄せざるを得ない⁽⁸⁴⁾のである。

3. 2段階的な数量化モデル

このように、構成要件ごとに1つの「基点事例」を設定し、常にそれとの比較によって宣告刑を求めるという伝統的量刑モデルは、採用できない。もっとも、一部の学説のように、全事情を総合考慮して当該事案にふさわしい刑を導けばよい⁽⁸⁵⁾、と言うだけでは、量刑プロセスの透明化・合理化⁽⁸⁶⁾は実現できない⁽⁸⁷⁾。

そこで提案されているのが、量刑事情から宣告刑を導くプロセス（数量化）を、2段階に分けるという方法である。すなわち、①当該事案の中核

(84) Hörnle, 前掲注(38) S. 366f. なお、Wilcken, 前掲注(15) S. 98f. は、裁判官らが実際にこの5段階モデルに従っているかは疑わしいとしている。

(85) Foth, 前掲注(30) S. 397ff.

(86) 原田・前掲注(6) 353頁以下参照。

(87) Ahlers-Grzibek, 前掲注(39) S. 94.

をなす重要な量刑事情のみを先に評価して、大まかな量刑⁽⁸⁸⁾（の幅）を把握した後に、②それ以外の事情の考慮による微調整を経て、最終的な宣告刑（責任刑）を決めるのである。⁽⁸⁹⁾①の段階は、特定の事例（基点事例）との比較ではなく、その種の事例が法定刑の中でどのあたりに位置づけられるかをダイレクトに把握するものである。そこでは、量刑事情の考慮は、「差異」を根拠づけるような形（加重的・軽減的の考慮）ではなく、それ自体が大まかな量刑を導くものとして行われる。このように、あらゆる量刑事情を（「基点事情」を基準に）「加重的」か「軽減的」かに分類することをせず、また、特定の「基点事例」も前提としない点で、このモデルは伝統的な量刑モデルとは大きく異なっている。

同じような方法は、日本の量刑実務でも採用されているものと考えられる。例えば、裁判員裁判における量刑評議に関する近年の司法研究⁽⁹⁰⁾では、責任刑の量定方法として、①主要な犯情事実に着目して当該事案に応じた刑を大まかに把握した後に、②個別事案に特殊な事情を考慮して量刑を絞り込んでいく、というプロセスを踏むことが提唱⁽⁹¹⁾されている。

このような2段階的な数量化モデルは、従来の「基点事情」論や「基点事例」論（およびそれを前提としたドイツの伝統的の量刑モデル）にみられる難点を克服するものといえ、現状では最も適切な判断方法であるように思われる。

4. 第1段階における量刑（の幅）の把握方法

2段階的な数量化の方法を採用する場合、第1段階における大まかな刑

(88) ここでいう「幅」は、事案の類型的把握に伴う「幅」であって、個別具体的な事案においても生じるとされる「責任の幅」とは異なるものである。

(89) Streng, 前掲注(40) S. 397ff.

(90) 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』（2012）18頁以下。

(91) これを前提に、特別予防等に関わる一般情状を考慮して、最終的な量刑を決めることになる。

量の把握方法としては、法定刑を手がかりにする方法と、過去の量刑傾向を手がかりにする方法とが考えられる。前者の方法としては、例えば、犯罪の重さ（結果不法の重さ）と法定刑内の刑の重さをそれぞれ5段階（「ごく軽微」から「最も重い」まで）に分け、両者を対応させる、という方法が提案されている⁽⁹²⁾。これは、法定刑を量刑の「スケール」として捉える発想（二・3）を、緩やかな形で活かそうとするものといえる。しかし、法定刑の持つ「スケール」としての機能にそれだけの信頼を置いてよいかは、疑問である。特に、実務の科刑状況が、そのような「スケール」よりもかなり軽い水準を示している⁽⁹³⁾場合に、それを是正せよという主張⁽⁹⁴⁾が説得力を持つかは、かなり疑わしいように思われる。量刑傾向よりも法定刑の「スケール」の方が信頼できる基準だという確信は、必ずしも共有されていない⁽⁹⁵⁾のではないだろうか。

こうして、第1段階における刑量の大まかな把握は、類似事例（主たる量刑事情の共通する事例）に対する過去の量刑傾向を参照することによってなされるべきである⁽⁹⁶⁾。前述の司法研究においても、刑量の大まかな把握に際しては、類似事例の量刑傾向を参照すべきこととされている⁽⁹⁷⁾。近時の最高裁判例が、裁判員裁判の量刑においても量刑傾向を出発点とすべきことを強調しているのも、同様の考えに立ったものといえる。これに対しては、過去の量刑判断という「事実」から、当該事案もそれに従うべきだという「当為」は導かれないのではないか、という批判もあり得る。しか

(92) Hörnle, 前掲注 (38) S. 373ff.

(93) 日本でも、例えば強盗罪については、法定刑の下限である懲役5年を下回る刑の言い渡し件数が極めて多い。

(94) 実際に論者は、ドイツの実務における過失致死罪の量刑は軽すぎると批判している（Hörnle, 前掲注 (38) S. 386f.）。

(95) 村越一浩「法定刑・法改正と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻』（2011）221頁以下参照。

(96) Streng, 前掲注 (40) S. 398f.

(97) 司法研修所編・前掲注 (90) 19頁。

(98) 最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁。

し、過去の量刑実務を参考とせずに当該事案だけを独立に評価しても、それにふさわしい刑を導き出すことはできない⁽⁹⁹⁾。(責任刑探求の集積である) 量刑傾向との整合性を維持することを通じて、当該事案にふさわしい刑を⁽¹⁰⁰⁾探ることが、現状で採り得る最善の方法であろう⁽¹⁰¹⁾。

5. 第1段階における考慮事情

2段階的の数量化モデルにおいて、何を第1段階の考慮事情とするかについては、いくつかの考え方があ

まず、結果不法の程度に関わる事情のみを第1段階で考慮しようとする考え方があ⁽¹⁰²⁾る。これによれば、①結果不法の程度に関わる事情(のみ)によって刑量をだまかに把握した後、②行為不法減少事由や責任減少事由等の有無を考慮して宣告刑を導くことになる。これは、犯罪論の段階的プロセスと数量化の段階的プロセスを連動させる発想といえる。しかし、事案の類型的把握を、結果不法要素のみによって行わなければならない必然性はないように思われる⁽¹⁰³⁾。例えば、同じ殺人でも動機によって刑が大きく異なり得るとすれば、結果不法(被害者の人数等)の共通する事例をすべて

(99) Torsten Verrel, Die normative Kraft des Faktischen, in: FS für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, 2013, S. 802. 法定刑を基準とする場合にも、なぜそれが正しい基準といえるかの説明はやはり必要であろう(宮澤節生「法定刑の原理と動態」法時78巻4号(2006)79頁参照)。

(100) 構成要件が新設された場合のように、量刑傾向が定まっていない犯罪の量刑に際しても、類似の犯罪の量刑傾向との整合性を考慮する必要がある(原田・前掲注(6)6頁参照)。

(101) もちろん、量刑傾向から逸脱した量刑が絶対に許されないわけではない。この点も含め、量刑傾向の拘束力に関する私見について、野村健太郎「量刑傾向とその逸脱について」愛知学院大学法学部同窓会『法学論集第5巻』(2016)101頁以下参照。また、後述五も参照。

(102) Hörnle, 前掲注(38)S. 367ff. なお、Frisch, 前掲注(81)S. 176f.; Wilcken, 前掲注(15)S. 94ff. も、第1段階では専ら不法要素の考慮を想定している。

(103) Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., 2015, S. 238 は、不法要素のほか、責任要素や予防の必要性に関わる要素も第1段階の考慮要素になり得るとしている。

同一類型として扱うよりも、責任要素（動機）ごとに異なる類型として扱⁽¹⁰⁴⁾い、それぞれについて量刑傾向を明らかにした方が、量刑の精度は高まるであろう。⁽¹⁰⁵⁾

また、被害の規模や危険性の程度のような量的メルクマールに関する事情を第1段階の考慮事情とする見解もある。⁽¹⁰⁶⁾これらの事情は、何らかの標準値（「標準的な被害」「標準的な程度の危険」）との比較を前提としておらず、「加重的」か「軽減的」かの分類が不可能であることから、第1段階においていわば「絶対量」的事情として考慮されることになるのである。しかし、あらゆる量刑事実は、本来、「絶対量」的事情としても、「加重的」ないし「軽減的」事情としても記述できる。⁽¹⁰⁷⁾いずれのしかたで記述されるかは、量刑判断者の関心に依存するのであって、⁽¹⁰⁸⁾記述される事実自体にいずれかの性質が初めから備わっているわけではない。「被害額は100万円である」というように、特定の「基点」との比較を前提としない記述は、「絶対量」としての考慮（第1段階での考慮）を予定したものなのであり、『『基点』を前提としない量刑事情は、絶対量として考慮される」という説明は、同語反復に過ぎない。

第1段階の目的が類似事例における刑量の大きな把握にある以上、そこでの考慮要素は、類型的判断になじむか（他の事例でも言及されるようなメルクマールか）、刑量を大きく左右するか、といった基準によって選択されるべきであろう。⁽¹⁰⁹⁾

(104) すでに法律が、責任要素ごとに異なる類型を作っている（例えば、故意犯と過失犯）。

(105) 司法研修所編・前掲注（90）18頁以下でも、犯罪の社会的類型の構成要素は結果不法要素に限定されていない。

(106) Frisch, 前掲注（3）S. 369ff.

(107) Fahl, 前掲注（16）S. 143.

(108) 野村・前掲注（27）252頁参照。

(109) したがって、第1段階の考慮要素を「犯情」に限る必然性はない。「一般情状」とされる事情の中にも、財産罪における被害弁償のように、刑量を大きく左右する事情がある（司法研修所編・前掲注（90）6頁注1参照）。このような場合、その

6. 第2段階における「微調整」の方法

主たる量刑事情の評価により刑量（の幅）の大まかな把握がなされた後には、それを前提とした微調整を行うことによって宣告刑が確定する。そこでいう微調整とは、第1段階では考慮されなかった細かな事情の加重的・軽減的の考慮によってなされる。もともと、加重的・軽減的の考慮を行うためには、その「基点」が必要となるところ、それがどのように設定されるかは、必ずしも明らかではない。

(1) 第1段階の評価によって示される基点？

2段階的数量化モデルの主張者からは、第1段階の評価によって、第2段階の評価のための基点が示される、と説明されることもある。⁽¹¹⁰⁾第2段階の評価とは、第1段階で得られた暫定的刑量を修正したり（加重・軽減的の考慮）、これを維持したり（ニュートラルな事情の考慮）することであり、そこでは、第1段階における評価が比較対象となるというのである。

しかし、第1段階の評価が、細かな量刑事情を捨象した類型的な評価だとすれば、そこで捨象されたメルクマールについて、その「標準値」（基点）が示されることはないはずである。例えば、窃盗罪の量刑において、①被害額等によって大まかな刑の幅を導いた後に、②微調整要素として行為時の経済状況を考慮する場合、①の評価の中に「標準的な経済状況」を定義する基準は存在しないであろう。⁽¹¹¹⁾

ような一般情状をも含んだ「類型」化を行った方がよい場合もあろう（松山昇平「量刑判断過程の分析」原田國男判事退官記念『新しい時代の刑事裁判』（2010）545頁以下参照）。

(110) Streng, 前掲注(40) S. 399.

(111) ここでも、抽象的評価から具体的評価の標準を導くという方法論上の誤り（三. 3）を指摘することができる。

（2）類似事例の具体的観察——「基点」設定の放棄

第2段階での評価方法としては、類似事例の具体的な内容を個々に観察する、という方法も考えられる。第1段階の評価が、細かな事情を捨象して類似事例の量刑（の幅）を把握する作業であったのに対し、第2段階では、それらの抽象化された諸事例をもう一度具体化し、相互の異同を明らかにして、「幅」の中の位置関係を把握するのである。例えば、窃盗罪の量刑において、被害額等の共通する諸事例について、概ね3年から5年の懲役刑が科されている場合、それぞれの事例がどのような経済状況でなされていたのか等を（量刑理由から）確認し、当該事案に最も近い事例の刑を科す、という方法である。ここでは、「加重」「軽減」とは、懲役3年から5年という刑の幅の中でより重い刑／より軽い刑を科すことを意味するに過ぎず、何らかの「基点」の設定を前提とする必要がない。このような方法は、当該事案と他の類似事例との正しい位置関係を把握しようとするものであり、全体として整合性のとれた量刑を実現するうえで、優れているようにも思える。

もっとも、そこには問題もある。まず、第2段階で考慮されるのは、類型化になじまないために第1段階の考慮から外れた事情である。そのような事情は、当該事案に特殊な事情であることが多く、他の事例の量刑理由では言及されていないことも少なくないと思われる。ところが、言及がないからといって、その事情が「存在しない」ことになるわけではない。例えば、参照事例の量刑理由で行為時の経済状況についての言及がなかったとしても、何らかの経済状況の下で行為がなされたことは確かである。そこでは、参照事例の経済状況が明らかでない以上、当該事例との位置関係を正しく把握することは難しくなるのである。

また、当該事案に最も近い事例を探し出し、それと同じ刑を科すという方法には、全体の量刑傾向から外れた結論に至る危険もある。より具体的なレベルで当該事案に類似した事例を選ぼうとすればするほど、参照し得る事例の数は減っていき、その結果、量刑傾向から外れた量刑をそのまま

資料として用いてしまう可能性が高まるからである。しばしば指摘される「正解探し」の危険とは、量刑傾向から外れた先例を「正解」と誤認してしまふ危険を意味すると解される。

そもそも、このような方法による場合、数量化プロセスを2段階に分けた意味はあまりないことになる。というのも、第1段階と第2段階では、「類似事例ではどのような刑が科されているか」という、同一の数量化基準が採用されることになり、⁽¹¹⁴⁾ 実質的には、参照すべき類似事例を徐々に絞り込んでいくという、1つのプロセスを踏んでいるのと変わらないからである。

(3) メルクマールごとに設定された「基点」

2段階的な数量化モデルの利点を活かすには、第1段階と第2段階とで、異なる数量化基準を採用することが望ましい。すなわち、第1段階が「類似事例では通常どのような刑が科されているか」（類似事例に対する刑量の傾向）を基準とするのに対し、第2段階は「このような事情は、通常どの程度刑を重くする／軽くするのか」（類似事情の考慮の傾向）を基準とするのである（「事例＝刑量傾向」判断と「事情＝考慮傾向」判断のコンビネーション）。第2段階では、傾向把握の対象を「類似事情」に一般化することで、広範な資料の参照が可能になる。そこでは、第1段階の「類似事例」からは外れたものも含めた多くの事例を、「類似事情」の考慮の先例として参照し得るからである。これにより、全体の傾向から逸脱した資料のみを参照してしまうリスクは、相当程度軽減されるものと考えられる。

もっとも、そこでは、第2段階で刑量に差をつける個々のメルクマールについて、「加重」「軽減」の基点を明らかにしなければならない。現在、2段階的數量化モデル（「事例＝刑量傾向」判断と「事情＝考慮傾向」判断の

(112) 野村・前掲注(27)255頁参照。

(113) 中川博之「量刑に関する評議・評決」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻』（2011）265頁参照。

コンビネーション) そのものは、実務上也広い支持を得ているものの、その第2段階における「基点」の設定方法については、必ずしも自覚的な議論がなされていないように思われる。しかし、基点の設定を誤ると、「幅」の平均値からの軽減を否定する(平均値の刑を基礎づける)に過ぎないはずの事情が、平均値からの加重根拠とされてしまうという事態(あるいはその逆)が、判断者の自覚なしに生じてしまうことになる。

第2段階における基点はどのように設定されるべきだろうか。2段階的數量化モデルの主張者の中には、その基準を、刑法の規定から導こうとするものもある。これは、すでに見た「規範的標準事例」の構想(三.3)を第2段階の評価に限定して活かそうとするものである⁽¹¹⁵⁾。しかし、このような構想は、たとえ限定的な形であっても実現し得ない。類型的・抽象的な基準を示した刑法の規定から具体的評価の標準値を示すことは、不可能な場合もある⁽¹¹⁶⁾というのではなく、およそ不可能だからである。

そもそも、ここで「基点」を明らかにしたうえで加重・軽減を行うのは、第1段階における大まかな量刑傾向の把握を前提に、当該事案の位置づけをより精確に把握するためである。例えば、窃盗罪の量刑において、①被害額等から懲役3年から5年ほどの幅が導かれ、②その中で、「行為者は経済的困窮状態にはなかった」という事情を含む当該事案がどこに位置づけられるかを考える、という場合を想定しよう。そこでは、「行為者は経済的困窮状態にはなかった」という事情の経験的な頻度が問題となる。仮に、その事情が実際にはそれほど珍しくないものである(むしろ、「経済的困窮状態にあった」という事情の方が珍しい)場合、「幅」の中で殊更に重い刑を科す根拠(加重事由)にはなりにくいであろう。そのような事情は、「幅」の中の事例に一般的にみられる事情であるか、少なくとも

(114) 両者には、「類似事例」やそれに応じた刑量の把握が、抽象的なレベルでなされるか、具体的なレベルでなされるかという違いしかない。

(115) Hörnle, 前掲注(38) S. 378ff.; Wilcken, 前掲注(15) S. 94ff.

(116) Wilcken, 前掲注(15) S. 84f.

「幅」の広い帯域で認められる事情だと推認されるため、それだけでは、当該事案を平均よりも重い事案と評価する根拠にはならないからである⁽¹¹⁷⁾。その場合、むしろ「経済的困窮状態にあった」という事情が、「幅」の中で軽めの刑を科す根拠になりやすいといえる。

このように考えると、第2段階で問題となるメルクマールの「基点」は、経験的な通常性を基準として設定すべきことになる。上述の例でいえば、「その種の窃盗行為は、どのような経済状況の中でなされることが多いのか」という観点から、基点が設定されるのである。そして、そのような「基点事情」よりも重い／軽い特徴を示す事情が、「幅」の中心よりも重い／軽い刑を科す根拠とされることになる。「幅」の中のどの刑がどのような事例に対応するのかを経験的に把握するためには、「基点」を導く手がかりを、「刑法が示す標準」や「法共同体の観念」といった規範的基準ではなく、経験的通常性という事実的基準に求めなければならないのである。

(117) このように、通常とは異なる事情が存在しない限り「幅」の平均（中心）の刑を科すという判断は、考慮対象となっていないメルクマールには全て「通常値」が与えられていることを前提としている。もっとも、理論上は、あらゆるメルクマールの「通常値」を個別に明らかにしたうえでなければ、その前提の当否は判断できないともいえる。しかし、量刑上有意なメルクマールは無限に想定できるのであり、その全ての「通常値」を前もって明らかにすることは原理的に不可能である。量刑上重要な要素として判断者の意識に上ったものでなければ、そもそも「量刑事情」とはなり得ない以上（野村・前掲注（27）248頁参照）、意識に上らなかったメルクマールについては、「通常値」が与えられていることを前提とせざるを得ないのである。

(118) ここでいう「その種の」という限定は、例えば「空き巣」「万引き」のような大まかな刑事学的類型を指し、第1段階で刑の幅を形成するような「類似事例」よりも広いものを想定している。

(119) 経験的頻度の判断資料としては、犯罪統計、他の裁判の判決理由、裁判官自身の経験等が考えられる。

(120) ここでの刑の「幅」は、類似事例における刑の大まかな分布に過ぎないから、第2段階で考慮される事情の影響力によっては、「幅」を超えた刑が導かれることもあり得る。

近時、裁判員裁判のための模擬裁判の中で、「被告人は反省している」という事情を軽減的に考慮することに対し、裁判員役の参加者から、「反省するのは当然」なのだから、これを軽減事由とすべきではないのではないか、という疑問が向けられることがあるようである。⁽¹²¹⁾そこでは、「被告人は反省すべきだ」という規範的評価を前提に、「反省している」が基点とされているのである。しかし、ここで述べたことに照らせば、基点設定に際して行うべきは、「被告人の反省」に関する経験的通常性判断である。仮に、「被告人は反省していない」のが「通常」なのであれば、「反省している」という事情は、類似事例の「幅」の中心よりも軽い刑を科す根拠（軽減事由）になり得るのではないだろうか。⁽¹²²⁾「反省するのは当然」という価値判断そのものが仮に説得力を持つとしても、それは軽減的考慮を否定する理由にはならない。そこで軽減を否定すると、「反省」の認められない「通常」の事例と同じ刑が科されることになり、「異なる事案には異なる刑を」という要請に反することになってしまうからである。⁽¹²³⁾これは、裁判員の価値判断を尊重するか否かとは次元の異なる論理の問題であり、裁判官には、誤解を解消するための説明が求められる。

以上の構想は、「基点」の基準を経験的通常性に求める「通常事例」論（三、4）の発想を部分的に活かそうとするものである。「通常事例」を文字通り「事例」と解するならば、それは1つに確定することのできないものであり、その構想は失敗せざるを得ない。また、個々のメルクマールの「通常値」としてそれを理解するとしても、全てのメルクマールについてそれを定義することは現実的ではなく、そうすべき根拠も明らかではな

(121) 神山啓史＝岡慎一「裁判員裁判における量刑判断」日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護活動』（2009）49頁以下参照。

(122) もちろんその場合、他の加重的な事情との「相殺」によって、結果的に「幅」の中心の刑が選択されることはあり得る。

(123) もっとも、「そのような反省の有無によって刑の重さを変えるべきではない」というしかたで、その事情の有意性そのものを否定する価値判断があり得ることは、別論である。

い。しかし、2段階的数量化モデルにおいて、すでに大まかな量刑傾向を把握したうえで微調整の段階で、残されたメルクマールの「通常値」を明らかにすることには、なお意義を認めることができるのである。

なお、ここで述べたことはあくまで、実際に宣告刑を導くプロセスの説明であり、量刑理由への記載については、別の考慮が必要になるかも知れない。例えば、上述のような「被告人の反省」が、経験的にみて「通常」のことであり、第1段階で導かれた「幅」の中で殊更に軽い刑を科す理由にはならないものであったとしても、これを軽減事由として量刑理由に記載することはあってよいように思われる。というのも、仮に「無反省」であればより重い刑（「幅」の中心よりも重い刑）になったであろうといえる場合には、「反省を考慮してもらえなかった」という誤解を被告人に与えないためにも、それを明示することに意味があるからである。⁽¹²⁴⁾ 量刑理由には、実際の判断プロセスを可視化するという機能のほかに、当事者（とりわけ被告人）へのメッセージ機能があることも否定できない。⁽¹²⁵⁾ 両者の機能をどのように調和させるかは、重要な課題といえるが、本稿のテーマからは外れるため、これ以上の言及は避けたい。

五. おわりに——「量刑傾向との整合性」を追求することについて

本稿では、量刑における「基点」をめぐる議論を概観し、これに検討を加えてきた。その結果、構成要件ごとに1つの「基点事例」を設定して、それとの比較（加重・軽減）を通じて宣告刑を導くというドイツの伝統的
量刑モデル（あるいは、そこで暗黙の前提とされていた手法）は実現困難だ

(124) 原田・前掲注(80)129頁は、「心から反省している被告人……について、その心情を十分酌んでやるのも刑事裁判で重要なこと」であると指摘している。

(125) ドイツ刑法267条3項が、量刑事情を判決理由で明示すべきことを求めているのは、この可視化機能を重視したものといえる。

(126) 量刑理由の機能について、原田・前掲注(6)64頁以下参照。

との認識に至り、それに代わる2段階的数量化モデルを採用すべきだと考えた。そして、その第2段階での評価（第1段階で導かれた刑の大まかな「幅」の中での加重・軽減）を行うために、問題となるメルクマールの「基点」を、経験的通常性を基準として導くべきだと私の私見を示した。

本稿が目指したのは、量刑傾向との整合性を可能な限り精確に実現するような理論枠組みの提示である。量刑傾向との整合性は、量刑の公平性を維持するうえで必要であるだけでなく、当該事案の責任に応じた刑を科すに際し、判断者の価値判断を正しく宣告刑に反映させるためにも重要な要素だといえる。

たしかに、量刑傾向の拘束力については、裁判員裁判の導入に伴い、これを従来よりも緩く捉える考え方が有力となっている。裁判員裁判の量刑を破棄した近時の最高裁判決も、一般論としては「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」を認めている。⁽¹²⁷⁾しかし、量刑傾向（量刑水準）⁽¹²⁸⁾の拘束力が絶対的なものではなく、それを変容させることが可能（場合によっては必要）であるとしても、その前提として、従来の量刑傾向を精確に把握することが不可欠であるように思われる。「この事案は、従来の水準であれば懲役〇年の刑が科されるはずだ」ということが分かって、初めて「それでは軽すぎる／重すぎる」という評価が可能になるのである。

上述の最高裁判決は、「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」と述べており、その背景には、量刑傾向の精確な把握が裁判員の萎縮を招きかねないという懸念があるようにも思われる。しかし、従来の量刑傾向を逸脱した刑を科すためには、そのことを自覚したうえで、それに伴う心理的抵抗を乗り

(127) 控訴審における量刑審査の基準について、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』（2009）113頁以下参照。

(128) 最判平成26年7月24日・前掲注（98）。

(129) この用語については、野村・前掲注（101）106頁以下参照。

越えることが必要ではないだろうか。裁判員の委縮を避けるために、量刑傾向の把握をアバウトなものにとどめることは、逸脱に際して本来直面すべき価値判断を「素通り」してしまう危険を含んでいる。裁判員の過度な委縮を回避する方法は、量刑傾向の拘束力が絶対的なものではないことについての十分な説明以外にはない。

こうして、量刑傾向を可能な限り精確に把握しようとする努力は、量刑傾向の変容可能性を従来よりも広く認めようとする現在の実務においても、なお必要だと考えられる。