

量刑の評価過程と数量的構造 (3・完)

—量刑における数学モデルの検討を中心として—

小 島 透

目 次

第1章 序論

- 第1節 はじめに
- 第2節 わが国の量刑に関する判例・学説の状況
- 第3節 従来の「量刑論」における問題点
- 第4節 本稿のアプローチ

第2章 量刑の数学モデル

- 第1節 はじめに
- 第2節 ハークの量刑モデル (以上 168号)
- 第3節 リンストウの量刑モデル
- 第4節 小括

第3章 評価過程に関する理論の数量的表現

- 第1節 はじめに
- 第2節 ハークおよびリンストウの数学モデルにおける数学的手法
- 第3節 数学モデルからみた責任と予防の関係 (以上 169号)
- 第4節 制限条件の作用形態と量刑決定
- 第5節 小括

第4章 評価過程についての数量的視点からの再検討

- 第1節 数量的視点から見た従来の理論の問題点
- 第2節 「評価尺度」とその性質
- 第3節 刑罰枠および具体的量刑枠の「評価座標」
- 第4節 対数座標と規範的通常事例

〈2〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

第5節 一般的评价尺度と刑罰枠の改正

第5章 結語にかえて

（以上 本号）

第3章 評価過程に関する理論の数量的表現

第4節 制限条件の作用形態と刑量決定

前節では、責任と予防との関係を数学的手法によってモデル化することにより、責任と予防との関係に関する議論のいずれの立場をとった場合にも、評価過程の基本的な構造は予防による刑量とその「下限」および「上限」を定める制限条件から構成されるのであり、予防に対する制限条件としての「下限」と「上限」が量刑の評価過程の中で重要な役割を担っていることを示した。そこで、本節では、この制限条件としての「下限」と「上限」が量刑の評価過程においてどのように作用するのかを、検討してみたいと思う。

制限条件としての「下限」・「上限」が作用する形態には、次の二つのものが考えられる。一つは、「下限」・「上限」がそれらによって限定される範囲の外側の値を禁止して、「下限」より下側に存在しようとするものはすべて「下限」の値に、「上限」より上側に存在しようとするものはすべて「上限」の値に決定してしまうものであり、いわば制限条件が刑罰枠等の座標の一部分をそのまま「切り取る」ものである（以下(1)。本稿ではこの作用形態を、「切り取り型」とよぶことにする）。他の一つは、刑罰枠等の座標の位置関係を、「下限」と「上限」によって限定される範囲の座標に「圧縮」する、あるいは「変換」しようとするものである（以下(2)。本稿ではこれを、「座標変換型」とよぶことにする）。

本節では、これら制限条件の二つの作用形態が、量刑の評価過程にお

いてどのような意味を持ち、そして具体的にどのような形で数学モデルに現れてくるのかを、検討していくこととする。そこでまず、責任に相当する刑量が「点」として存在すると考えた場合について議論を進め(1)、(2)、次に、責任に相当する刑が一定の「幅」を持つと考えた場合について議論を行う(3) こととする。

(1) 「切り取り型」における刑量決定

1. はじめに、責任に相当する刑量が「点」として存在すると考えた場合について、「切り取り型」では刑量がどのように決定されるのかを検討する。

「切り取り型」では、予防の必要性の判断によって、刑罰法規に規定される刑の下限と上限によって定められる刑罰枠の中で、予防に対する制限条件とは独立に、具体的な刑量が決定される(このとき、予防の必要性の評価を刑罰枠の中の具体的な刑量に置き換える必要があるが、この問題については、ここではひとまずおくこととする)。この刑量が、予防に対する制限条件としての「下限」および「上限」によって限定される範囲(本稿ではこの範囲を「具体的量刑枠」とよぶこととする)の内側にある場合には、そのまま最終的な刑量となる。また、この刑量が具体的量刑枠の外側に出てしまう場合には、最終的な刑量は、この「下限」あるいは「上限」の値として決定される。

例えば、図3-5において、刑量は、予防の必要性にしたがって、刑罰枠の中で決定される。このようにして決定された刑量が具体的量刑枠の内側にある場合(P_1 、 P_2)には、この刑量が、「そのまま」最終的な刑量になる(M_1 、 M_2)。しかし、予防の必要性は低く「下限」を下回るような場合(P_3 、 P_4)には、いずれも「下限」の値(R_L)が、また、予防の必要性が高く「上限」を上回るような場合(P_5 、 P_6)には、いずれも「上限」の値(R_U)が最終的な刑量となるのである。

〈4〉 量刑の評価過程と数量的構造 (3・完) (小島)

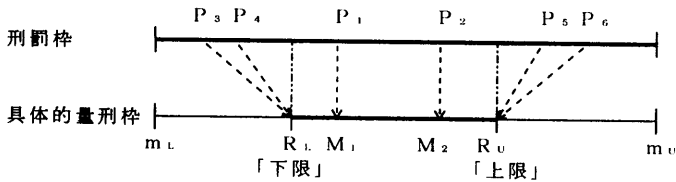


図3-5 制限条件の作用形態(1):切り取り型

「具体的な刑はこの程度(責任に相当する刑:筆者注)を越えない範囲内でもっぱら予防目的から導かれる」⁽¹⁾と表現されるような場合、とくに「もっぱら」という表現の意味が責任に相当する刑の範囲内であれば予防目的「のみ」から刑が導かれるということの意味するものと理解すれば、ここではこの作用形態が念頭に置かれているようにも思われる。

2. 「切り取り型」では、刑罰枠の中で予防の必要性判断によって決定された刑量(予防による刑量)が、そのまま最終的な刑量として現れる。すなわち、式3-12(前出 第3節(3))は、次のように修正される。

$$P = g(p_i)$$

$$M = P$$

式3-13

$$M = g(p_i)$$

P: 予防による刑量

p_i : 予防の必要性を決定する要素

M: 最終的な刑量

ただし、

予防による刑量 \leq 具体的量刑枠の「下限」の場合は、

$$M = R_L$$

式3-14

予防による刑量 \geq 具体的量刑枠の「上限」の場合は、

$$M = R_U$$

式3-15

R_L : 具体的量刑枠の「下限」に相当する刑量⁽²⁾、一般に関数として数式化されるため $R_L = x(r_{Li})$

R_U : 具体的量刑枠の「上限」に相当する刑量、一般に関数として数式化されるため $R_U = y(r_{Ui})$

すなわち、予防による刑量（ P ）が具体的量刑枠の内側（ R_L と R_U にはさまれる範囲内）であれば、予防による刑量（ P ）が、具体的量刑枠の「下限」に相当する刑量（ R_L ）や「上限」に相当する刑量（ R_U ）に影響を受けることなく、最終的な刑量（ M ）となる。しかし、予防による刑量（ P ）が具体的量刑枠の「下限」に相当する刑量（ R_L ）を下回る場合には、最終的な刑量（ M ）は「下限」に相当する刑量（ R_L ）に決定され、また、予防による刑量（ P ）が具体的量刑枠の「上限」に相当する刑量（ R_U ）を上回る場合には、最終的な刑量（ M ）は「上限」に相当する刑量（ R_U ）に決定されるのである。

- (1) 阿部純二「刑の量定の基準について」法学（東北大学）41巻4号（1978年）49頁。
- (2) 具体的量刑枠の「下限」および「上限」に相当する刑量として何を設定するのかについては、前出 本章第3節(3)を参照。

(2) 「座標変換型」における刑量決定

1. 続いて、責任に相当する刑量が「点」として存在すると考えた場合の「座標変換型」について検討する。

「切り取り型」では、制限条件によって、予防の必要性が具体的刑量となって現れる刑罰枠の一部が、そのままの形で切り取られる。これに対し、「座標変換型」では、具体的量刑枠とは異なる基準座標の上で評価される予防の必要性の位置関係が、制限条件によって限定される具体的量刑枠の中にそのまま「変換」される。

例えば、「切り取り型」においては、予防の必要性にしたがって決定される P_3 、 P_4 、 P_1 、 P_2 、 P_5 、 P_6 は、直接刑罰枠の中で具体的な刑量として現れる。しかし、「座標変換型」においては、これら P_3 、 P_4 、 P_1 、 P_2 、 P_5 、 P_6 は、図3-6のように、刑罰枠に直接現れた場合の「比率」を維持したまま、具体的量刑枠の内側で、具体的な刑量 M_3 、 M_4 、 M_1 、 M_2 、

〈6〉 量刑の評価過程と数量的構造 (3・完) (小島)

M_5 、 M_6 として現れる。

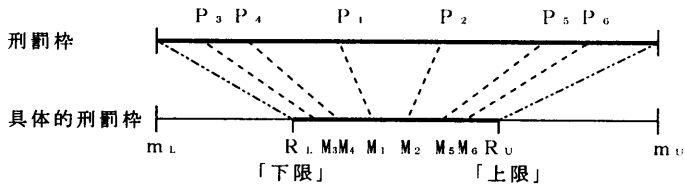


図3-6 制限条件の作用形態(2):座標変換型

この作用形態では、具体的量刑枠とは異なる基準座標の上で評価された予防の必要性の値の「比率」は、「下限」と「上限」によって圧縮された範囲においても、そのまま維持される。すなわち、具体的量刑枠とは異なる基準座標における位置関係を、具体的量刑枠の座標に「変換」するものである。

「座標変換型」では、予防の必要性は、「切り取り型」のように直接刑罰枠の上で具体的な量刑と結び付くことはない。この作用形態では、予防の必要性から要求される量刑は、直接刑罰枠の座標の上で決定されるのではなく、具体的量刑枠を通して決定される。すなわち、具体的量刑枠とは独立な他の基準座標上で決定された予防の必要性は、まず、具体的量刑枠の座標上に変換される。そして、具体的量刑枠の座標上に変換された予防に必要性は、具体的量刑枠が具体的な量刑の範囲として刑罰枠の中に組み込まれることによって、具体的な量刑と結び付くのである (図3-7)。川

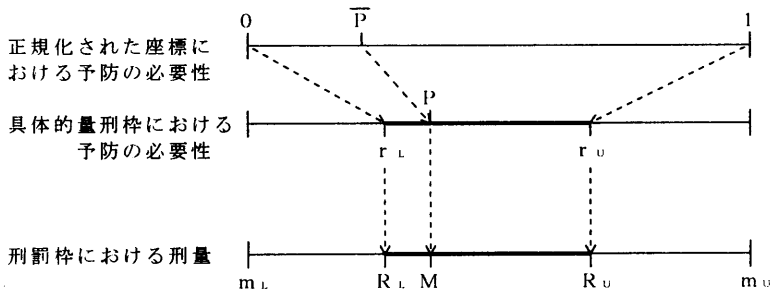


図3-7 座標変換型における量刑決定

崎教授が「特別予防的考慮が『直接的に』刑罰枠のなかに組み込まれるなどということはない」⁽³⁾と述べておられるのも、川崎教授の立場が基本的にこの作用形態を念頭に置いているためと思われる。

2. そこで、具体的量刑枠の座標とは異なる基準座標上で考慮される予防の必要性を、具体的量刑枠の座標上に変換するために、0から1の範囲で定められる正規化された座標（例えば、0がもっとも「軽い」、1がもっとも「重い」というように考えるとわかりやすい）上で予防の必要性（ \bar{P} ）を考える。そして、このように正規化された座標上での予防の必要性を考えた上で、座標の変換方法として、「相似変換」すなわち変換前の座標上における位置の比率と変換後の具体的量刑枠の座標上における位置の比率が等しい場合を想定すると、式3-12は以下のように修正される。

$$P = R_L + (R_U - R_L) \bar{P}$$

$$M = P$$

したがって

$$M = R_L + (R_U - R_L) \bar{P} \quad \text{式3-16}$$

\bar{P} ：予防の必要性の程度、一般に関数として数式化されるため

$$\bar{P} = g(p_i) \quad \text{ただし、} 0 \leq \bar{P} \leq 1$$

R_L ：具体的量刑枠の「下限」に相当する刑量

R_U ：具体的量刑枠の「上限」に相当する刑量

P ：予防による刑量

M ：最終的な刑量

式3-16から明らかなように、「座標変換型」では、最終的な刑量（ M ）の決定には、予防の必要性（ \bar{P} ）と同時に、具体的量刑枠の「下限」および「上限」（ \bar{R}_L および \bar{R}_U ）が影響を与えているのである。

このように、具体的に現れる最終的な刑量は、具体的量刑枠の「下限」および「上限」の作用形態の相違によって、すなわち予防に対する制限条件の作用形態の相違によって異なる様相を呈する。そして、責任、刑罰法規に規定される刑の下限ないしは上限、あるいは一般予防の見地か

〈8〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

ら最低限必要な刑量等の制限条件によって限定される範囲内において予防による刑量を数学的手法によって表現しようとするときには、予防に対する制限条件の作用形態の捉え方によって、その具体的表現が異なってくるのである。

3. なお、ここで注意しなければならないことは、「座標変換型」では、具体的量刑枠の「下限」に相当する刑量（ R_L ）および「上限」に相当する刑量（ R_U ）の評価と、予防による刑量（ P ）の評価では、刑量決定のための評価の基準となる座標が異なるということである。すなわち、「切り取り型」では、具体的量刑枠の「下限」・「上限」と予防の必要性は、双方とも同じ刑罰枠を直接の基準座標として具体的刑量と結び付く。これに対し、「座標変換型」では、具体的量刑枠の「下限」・「上限」は、刑罰枠を直接の基準座標として具体的刑量と結び付くが、予防の必要性は、具体的量刑枠を基準座標として評価されることで、はじめて具体的刑量と結び付くのである。

このように、「切り取り型」における刑量決定と「座標変換型」における刑量決定との相違は、予防による刑量、および具体的量刑枠の「下限」・「上限」に相当する刑量の評価の基準座標として「何」を考え、そして、その基準座標をどのような「性質」のものと捉えるのかということに起因する。また、以上の検討では、変換方式を「相似変換」として検討したが、変換方式はこれに限られるものではない。他の変換方式も、十分に考えられ得るのである。この変換方式の選定は、予防の必要性判断の基準座標と具体的量刑枠が同じような性質の座標であるのか、あるいはそれ以外の場合であるのかにも大きく左右される。すなわち、予防に対する制限条件の作用を考える場合には、それぞれの「基準座標の性質」が問題となるのである。従来議論では、このような「基準座標の性質」が明確な形で議論されることはなかったように思われる。

(3) 責任に相当する刑の「幅」と「切り取り型」・「座標変換型」

1. 以上の検討では、責任に相当する刑量が「点」として存在すると考えて議論を進めた。次に、責任に相当する刑が一定の「幅」を持つと考えた場合について検討することとする。

責任に相当する刑が一定の「幅」を持つと考えた場合でも、「切り取り型」では、責任に相当する刑の幅の「下限」および「上限」は単に具体的量刑枠の「下限」・「上限」を定めるにすぎないものであることから、基本的に式3-13・式3-14および式3-15が妥当する。責任に相当する刑の幅の「下限」および「上限」は明確には定まらないという問題は、「下限」(R_L)および「上限」(R_U)の定義(数式化)の問題となり、評価過程の基本構造が大きく変わることはない。

また、「座標変換型」においても、責任に相当する刑の幅の「下限」と「上限」がそれぞれ明確に定まると考えるのであれば、責任に相当する刑の「下限」と「上限」がそれぞれ具体的量刑枠の「下限」・「上限」(\overline{R}_L ・ \overline{R}_U)となり、評価過程の基本構造は(2)で述べたものと同じになる。

2. しかし、「正しく理解された」幅の理論では、責任の「下限」と「上限」は不明確である⁽⁴⁾。したがって、「座標変換型」における量刑決定を考える場合には、責任に相当する刑の「幅」をどう捉えるのが問題になる。すなわち、ここでは責任の幅そのものを問題としなければならず、責任に相当する刑の「幅」を何らかの形で表す必要が生じるのである。例えば、一つの方法として、関数を用いて数式化した場合⁽⁵⁾には、評価過程の構造は次のように表される。

$$S = f(x)$$

$$M = f(P)$$

式3-17

$f(x)$: 責任に相当する刑の「幅」を表す関数、例えば、正規分布あるいはファジィ集合を表す関数(メンバーシップ関数)⁽⁶⁾

S : 責任に相当する刑の「幅」

〈10〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

M：最終的な量刑

P：予防の必要性、一般に関数として数式化されるため

$$P = g(p_i)$$

すなわち、責任に相当する刑の「幅」(S)を表す関数 $f(x)$ が定義され、最終的な量刑(M)は、別の関数によって決定された予防の必要性(P)を関数 $f(x)$ の変数 x に代入することにより決定されるのである。

責任に相当する刑が一定の「幅」を持つと考えた場合には、責任に相当する刑の「幅」(S)を表す関数 $f(x)$ をどのように定めるのかが、新たな問題として生じてくる。そして、それは、責任に相当する刑の「幅」の性質を如何に捉えるのかにかかわってくる。結局、ここでも、責任に相当する刑の「幅」、すなわち予防の必要性を評価する基準となる座標の「性質」が問題となる。

このように、量刑の評価過程における「下限」・「上限」という制限条件の作用を考えた場合には、刑罰枠あるいは具体的量刑枠という評価の基準となる座標の性質、すなわち「基準座標の性質」が問題となるのである。

- (4) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(-)」早稲田法学 68 卷 3・4号(1993年) 94頁。
- (5) 前出 本章第3節(2)。
- (6) 前出 本章第3節(2)注(32)を参照。

第5節 小 括

1. 本章では、第2章で検討したハークおよびリンストウの数学モデルを参考にしながら、量刑の評価過程を数式を用いて再構成した。

まず、評価過程の数式による再構成を行う前に、ハークおよびリンス

トウが用いた数学的手法のうち、和および積、1次関数および対数関数、不等式について、これらの数学的手法の意味、とくに量刑学の視点から見た意味を検討した（前出 第2節）。次に、これらの数学的手法を用いて、責任と予防との関係に関する議論の代表的な立場を中心に、それぞれの立場について量刑の評価過程のおおよその構造を数式化した（前出 第3節(1)、(2)）。

そして、数学的手法によるモデル化の過程で明らかになったそれぞれの立場の共通点を抽出して、量刑の評価過程の基本構造を、予防（ないしは責任に相当する刑量を出発点とする予防）による刑量とその「下限」・「上限」を定める制限条件から構成されるものと捉えた（前出 第3節(3)）。

2. 量刑の評価過程を再構成する過程では、以下の点が明らかになった。

予防に対する制限条件、すなわち具体的量刑枠の「下限」・「上限」が評価過程において作用する形態には、「切り取り型」と「座標変換型」の二つが考えられ得る。そして、制限条件の作用形態を「切り取り型」と考えて刑量決定を数式化した場合（前出 第4節(1)）と、制限条件の作用形態を「座標変換型」と考えて刑量決定を数式化した場合（前出 第4節(2)）とでは、最終的な刑量の具体的表現に明らかな相違が認められた。

この相違は、予防による刑量、あるいは具体的量刑枠の「下限」および「上限」に相当する刑量の評価の基準座標をどのような「性質」のものとするのかということに起因すると考える。すなわち、最終的な刑量決定をモデル化するためには、予防に対する制限条件の作用形態として「切り取り型」を考えるのか、あるいは「座標変換型」を考えるのか。また、「座標変換型」を考えた場合には、変換方式を「相似変換」とするのか、あるいは他の変換方式を考えるのか。最終的な刑量を具体的に表現するためには、これらのことを決定しなければならない。そして、そのためには、具体的量刑枠の「下限」・「上限」を評価するための

〈12〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

刑罰枠、および予防による量刑を評価するための具体的量刑枠の「基準座標としての性質」が検討されなければならない。また、責任に相当する刑の「幅」を考え、その範囲内で予防を考慮して量刑を決定する場合にも、その「幅」の性質、すなわち「基準座標の性質」が問題となる（前出 第4節(3)）。しかしながら、従来の議論では、このような「基準座標の性質」は明確な形では議論されていなかった。

このように、予防に対する制限条件の作用を考えた場合には、刑罰枠あるいは具体的量刑枠という評価の基準となる座標の性質、すなわち「基準座標の性質」が問題となってくるのである。

そこで、次章では、このような量刑における「基準座標の性質」の問題を取り上げて、議論を進めていきたいと思う。

第4章 評価過程についての数量的視点からの再検討

第1節 数量的視点から見た従来の理論の問題点

1. 前章において、責任と予防との関係に関する議論を数学的手法を用いて整理・検討していく過程で、以下の点が明らかになったと思う。

まず、予防に対する制限条件が最終的な量刑の決定に作用する形態には、大きく分けて、「切り取り型」および「座標変換型」の二つのものがある。しかしながら、従来の議論においては、このような制限条件の作用の違いは、明確に意識されてこなかった。それは、刑罰枠および具体的量刑枠の基準座標としての「性質」、換言すれば、刑罰枠および具体的量刑枠の「下限」と「上限」の「間」の意味、あるいは「下限」と「上限」の「間」に何が存在するのかを、十分に意識してこなかったことに起因する。量刑の評価過程の基本構造を数式化する過程では、この問題が明確に現れた。また、「幅の理論」においても、その数式化の過程で、「幅」をどう捉えるのか、すなわち「幅」という（不明確なものであるが）

「下限」と「上限」の「間」の意味、あるいはその「間」に何が存在するのかが、十分に意識されてこなかったことが明らかになったのである。

それでは、この「下限」と「上限」の「間」に存在するものとは何か。本章では、この問題から議論を始めたいと思う。

2. その答えとして考えられるものは、「下限」と「上限」の「間」に要求される評価の基準座標としての役割、すなわち「評価尺度」である。法定刑ないし処断刑から形成される刑罰枠は、具体的量刑枠の「下限」・「上限」、あるいは具体的量刑枠としての責任の「幅」を決定するための評価尺度となる。例えば、ブルンスは、法定刑を予想されるすべての事態を考慮にいれた犯罪の重大性の尺度として捉え、法定刑はその上限と下限との間で具体的な犯罪がどの程度の重大性を有するののかについての評価の尺度としての内容を持つとしている⁽¹⁾。ここでは、法定刑は、犯罪の重大性を評価するための「尺度(評価尺度)」として位置づけられているのである⁽²⁾。

また、制限条件の作用形態として「座標変換型」を考える場合には、この制限条件によって形成される具体的量刑枠を基準座標として、予防による刑量決定が行われる。したがって、ここでは、具体的量刑枠は、予防による刑量決定のための評価尺度となっている。このように、刑罰枠および具体的量刑枠は、そのすべての範囲において、評価尺度としての意味を持つのである。

それでは、その評価尺度とはどのようなものであるのか、そして、その評価尺度の内容としてはどのようなものが要求されるのであろうか。この点を、次節以下で検討することとする。

(1) Hans-Jürgen Bruns, *Das Recht der Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2. Aufl., 1985, S. 259f.

(2) 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究(慶応大学) 69巻2号(1996年) 308頁参照。

第2節 「評価尺度」とその性質

1. 前節で述べたように、法定刑ないしは処断刑から形成される刑罰枠、および「下限」・「上限」ないしは責任の「幅」によって形成される具体的量刑枠は、それぞれ評価尺度としての役割を有する。そこでまず、評価尺度というものについて、簡単に整理しておきたい。

一般に、あることがらの「程度」あるいは「量」を数量的に評価しようとするときには、あらかじめ程度あるいは量を評価するための基準となる尺度を定義し、その尺度との関係で当該事象の評価を行うのが通常の方法である。これが、本稿でいうところの評価尺度である。そして、この評価尺度は、一般にその性質に応じて、「比尺度」、「間隔尺度」、「順序尺度」、および「名義尺度」に分類される⁽³⁾。

例えば、物質の持つ「質量」（正確に言えば、物質の持つ慣性の程度）を考えるときには、物質が存在しない状態を原点（質量0）とにおいて数値で表した質量の単位尺度を定義して、それとの関係で質量の大きさを評価する。ここでは、原点は、質量が存在しないこと、すなわち物質が存在しないことを示しており、「絶対的」な意味を持ち得る。また、摂氏（℃）で表した温度のように、“0”の点に重要な意味があるわけではなく、むしろその「差」あるいは「間隔」に重要な意味をもつ尺度を用いる場合もある。前者の尺度が「比尺度」、後者のそれが「間隔尺度」とよばれるものである（ただし、温度を表す場合でも、「温度とは原子の振動である」という物理学的な現象に着目した絶対温度（K）を用いた場合には、比尺度となる）。これらの尺度で扱われるデータは、連続的な数量で表すことができ、「量的」データともいわれる。

これに対し、例えば、競争の順位の場合では、順位に対して1, 2, 3…というように数値が割り当てられ、評価結果の順序が表されるが、この数値間の差には具体的な（量的な）意味はない。さらに、好き・嫌いの評価の場合には、例えば好きに対して1を、嫌いに対して0を割り当てる

ものとしたとき、この数値は順序の意味すら持たない。前者の尺度が「順序尺度」、後者の尺度が「名義尺度」とよばれるものである。これらの尺度で扱われるデータは、非連続的（離散的）な値をとり、「質的」データともいわれるものである。

2. 本稿で検討の対象とした量刑の数学モデルでは、例えば、ハークは、責任を構成する要素について、基本的に間隔尺度ないしは比尺度を採用し、その中に基準となるべき実例を「目盛り」として当てはめていくことを提言している⁽⁴⁾。また、リンストウが作成したメルクマール・カタログも、個々の要素（メルクマール）が示す様々な事情を一定の範囲の相対的な強さの尺度の中に割り当てることで量刑事情の数量化を行っている⁽⁵⁾。ここでも、間隔尺度ないしは比尺度が用いられている。そして、本稿で取り上げる刑罰枠、および具体的量刑枠についても、それぞれにおいて検討の対象となる事例の間の「差」あるいは「間隔」が問題となる。したがって、評価尺度としての刑罰枠、および具体的量刑枠は、間隔尺度ないしは比尺度としての性質を有する。

間隔尺度ないしは比尺度においては、評価の対象となる事例がその尺度のどの場所に位置するのが重要であり、その尺度のさまざまな場所に位置する事例は、尺度が持っている目盛りとの対比によって評価される。そして、そこにおいては、尺度の目盛りは均一に配分されるだけでなく、さまざまな尺度の目盛り配置が考えられる。例えば、刑罰枠の中で、標準的な評価点が評価尺度である刑罰枠の下限と上限の2分の1の位置、すなわち中点にくるように目盛りの配置を考えることも可能であるし（図4-1）、標準的な評価点が下限に近づくように目盛りの配置を考えることも可能である（図4-2）。

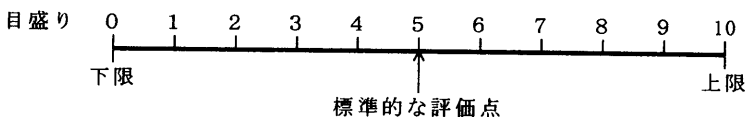


図4-1 標準的な評価点が上限と下限の中点位置に存在する場合

〈16〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

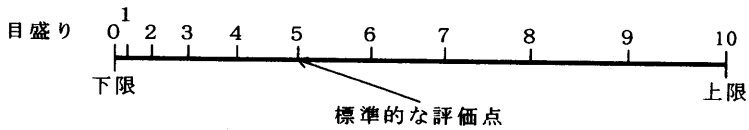


図4-2 標準的な評価点が下限に近づく場合

前章で述べた「基準座標の性質」とは、この尺度の目盛りの配置状況、すなわち評価の基準点となる目盛りの評価尺度上での分布状態をいうのである。本稿では、このような一定の分布状態をもった目盛りの全体を、「評価座標」とよぶことにする。評価尺度の性質は、その尺度の目盛りの分布状態、すなわち評価座標の状態によって決定付けられるのである。

3. その評価座標をどのように定めるのかについては、例えば、ハークは、法定刑を責任に対する評価尺度と捉え、責任との関係で対数関数によって結び付けた。すなわち、ハークは、法定刑の評価座標を対数的な目盛り配置をもつ対数座標とおいているのである⁽⁶⁾。また、リンストウは、メルクマール・カタログにおいて、(量刑)要素の評価尺度を、基本的に直線および複数の直線(1次関数)、すなわち比例座標とおいた⁽⁷⁾。この比例座標は、評価尺度としての刑罰枠および具体的量刑枠に適用することも可能である。

それでは、刑罰枠および具体的量刑枠の評価座標としては、どのようなものが適当なのであろうか。次節では、この評価座標の問題について検討を加えることとする。

(3) 岩坪秀一「数量化法の基礎」(1987年)2頁および6頁参照。

(4) Karl Haag, *Rationale Strafzumessung, Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung*, 1970, S. 112.

(5) Bernhard von Linstow, *Berechenbares Strafmaß, Eine neue Methode der Strafzumessung am Beispiel wichtiger Verkehrsdelikte, EDV und Recht Bd. 8*, 1974, S. 61-121.

(6) 前出 第2章第2節(3)。

(7) 前出 第2章第3節(3)。

第3節 刑罰枠および具体的量刑枠の「評価座標」

評価尺度は、一定の対象を評価するために存在する。そして、適切にその対象を評価するためには、評価尺度は評価の対象の性質に合わせて決定されなければならない。したがって、評価尺度の性質を決定する評価座標は、評価の対象がその評価尺度の中でどのように評価されるのかによって決定されることになる。

刑罰枠は、具体的量刑枠の「上限」および「下限」を決定するための評価尺度である。したがって、刑罰枠の評価座標は、具体的量刑枠の「上限」・「下限」という、予防に対する制限条件の性質によって決定される。予防に対する制限条件をどのように考えるのかは、責任と予防との関係に対する立場の相違によって、異なる主張がされている。具体的には、具体的量刑枠の「下限」として、刑罰法規に規定される刑罰枠の下限、(積極的)一般予防の見地から最低限必要とされる刑量、あるいは責任に相当する刑の幅の下限が、また、具体的量刑枠の「上限」としては、刑罰法規に規定される刑罰枠の上限、責任に相当する刑量、あるいは責任に相当する刑の幅の上限が、主張されている¹⁸⁾。これら制限条件のうち、刑罰枠の下限および上限については、予め刑罰法規によって規定されているため、量刑の判断過程においては刑罰枠を基準座標としてあらためて評価されることはない。したがって、これらを除いたもの、すなわち責任に相当する刑量ないしは責任に相当する刑の幅、および(積極的)一般予防の見地から最低限必要とされる刑量が、刑罰枠という評価尺度の中で評価されることになる。刑罰枠の評価座標は、責任に相当する刑量ないしは責任に相当する刑の幅、および(積極的)一般予防の見地から最低限必要とされる刑量が刑罰枠の中でどのように評価されるのかによって決定されるのである。

また、具体的量刑枠は、予防による刑量決定のための評価座標である。したがって、具体的量刑枠の評価座標は、予防を量刑においてどのよう

〈18〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

に考慮するのかによって決定される。量刑において考慮する予防としては、特別予防および一般予防が主張されている。具体的量刑枠の評価座標は、特別予防および一般予防が具体的量刑枠の中でどのように評価されるのかによって決定されることになる。

それでは、刑罰枠および具体的量刑枠の「評価座標」はどのようなものが考えられるのであろうか、刑罰枠、具体的量刑枠の順に検討することとする。

(8) 前出 第3章第3節(3)。

(1) 刑罰枠の「評価座標」

1. 刑罰枠の評価座標は、責任に相当する刑量ないしは責任に相当する刑の幅、および（積極的）一般予防の見地から最低限必要とされる刑量が刑罰枠の中でどのように評価されるのかによって決定される。

そこでまず、責任に相当する刑量（ないしは責任に相当する刑の「幅」）が、刑罰枠の中でどのように評価されるのかについて検討する。責任に相当する刑量は責任に関係する様々な量刑事情から評価されるが、刑罰枠という評価尺度における責任に相当する刑量の評価を考える場合には、責任に関するそれぞれの量刑事情の評価の根底にある共通の評価基準が必要となる。そして、その共通の評価基準は、それぞれの量刑事情の上位概念である責任そのものをどう捉えるのかに依存する。

責任の本質をどのように捉えるのかについては、大きく分類すると、道義的責任論、社会的責任論、および法的責任論の三つの立場が従来から主張されてきた。このうち、社会的責任論については、現在ではこの立場は少数であるため、とりあえず本稿では検討の対象から除外し、道義的責任論および法的責任論について検討することとする。

道義的責任論によれば、責任とは、適法な行為を選択することができるのに、自由意思によって、違法な行為を選択したことについて、行為

者を道義的に非難することである⁽⁹⁾。したがって、責任の量は、自由意思を前提とした道義的非難の量により決定されると考えることができる。しかしながら、このような道義的非難がはたして一定の「量」を持ちうるのであろうか⁽¹⁰⁾。あるいは、道義的非難が一定の量を持ちえたとして、その量がどのように量刑に結び付くのであろうか。道義的非難の「量」ないしは道義的非難を内実とする責任の「量」を具体的に論じる見解は、現在のところ見あたらない。そもそも、道義的非難という概念は非常に抽象的であり、これが何らかの具体的な他の概念と結び付かない限り、道義的非難が具体的な「量」を持つことはあり得ない。しかし、道義的非難と結び付く具体的な概念を考えることは、困難であるとする。したがって、道義的非難を内実とする責任が具体的な「量」を持つことは、はなはだ疑問であるとする。

他方、法的責任論によれば、刑法上の責任とは刑罰という手段による法の立場からの非難可能性を意味し⁽¹¹⁾、責任の本質は法的非難可能性であるとする。したがって、責任の量を刑罰枠の中に組み入れる場合、すなわち責任の量を刑罰枠の中で数量化する場合には、法的非難ないし法的非難可能性の量⁽¹²⁾がはたして刑罰枠の中で責任の量を数量化することができるのか、問題となる。

この問題については、次のような見解が存在する。第一の見解として、行為者個人を標準とする他行為可能性を非難可能性および量刑判断の基準におくことを否定して、当該具体的状況におかれた行為者に対する「社会的期待」の有無・程度を量刑の基準と考える見解が存在する⁽¹³⁾。また、第二の見解としては、目的刑論から責任主義を導くべきであるとして、非難可能性を直接「その国・その時代の国民の規範意識」に結びつけて考える見解が存在する⁽¹⁴⁾。そして、第三の見解として、量刑判断の下位基準を包摂できる上位概念としては非難可能性は「無内容」であるとして、責任の量を変化させるものとして「可罰性」(可罰的責任)の概念を持ち出し、責任刑を社会統制あるいは一般予防によって根拠づけようとする

見解¹⁰⁴が存在する。

第一の見解は、責任に応じた刑を量定することにより、国民に適正なものとして受容されると期待できる刑が得られる¹⁰⁵、と考える。したがって、この見解によれば、国民の刑罰に対する意識（規範意識）が、「社会的期待」という形で、責任に相当する量刑の決定に大きな役割を担うことになる。また、第二の見解によれば、責任は国民の中に存在する規範意識によって基礎付けられるのであり、責任に相当する量刑の決定には、国民の規範意識が中心的な役割を担うことになる。さらに、第三の見解によれば、責任に相当する量刑は社会統制あるいは一般予防によって根拠付けられることになる。一方、積極的意味での社会統制あるいは一般予防は、国民の規範意識に働きかけることによってその機能を発揮する。したがって、この見解においても、責任に相当する量刑の決定において国民の規範意識が中心的な役割を担うといえよう。

このように、以上の見解に共通するのは、形而上学的意味での非難ないしは非難可能性から責任の量を決定することを否定し、より実質的に責任の量を決定しようとすることである。そして、いずれの立場においても、責任に相当する量刑の決定において中心的な役割を担うものは、国民の規範意識である。国民の規範意識が責任に相当する量刑の決定において中心的な役割を演じるとき、例えばある行為に対する量刑が責任相当であるか否かが国民の規範意識を基礎として評価されるとき、その量刑が認知という形で国民の規範意識の中に取り込まなければならない。そして、この量刑を国民の規範意識の中に取り込む段階で機能するのは、刑罰とその量刑に対する人間の「感覚」である。国民の規範意識は、この「感覚」を通してはじめて責任に相当する量刑と結び付けることができる。したがって、責任に相当する量刑の評価においては、国民が持つ（人間の）「感覚」が評価尺度の性質を決定付けるものとして重要となるのである。

2. 次に、もう一つの制限条件として考えられる「(積極的)一般予防の

見地から最低限必要とされる刑量」が、刑罰枠の中でどのように評価されるのかについて検討する。「(積極的)一般予防の見地から最低限必要とされる刑量」とは、積極的一般予防の見地から見て、国民の規範意識を覚醒・強化するために最低限必要となる刑量である。したがって、ここにおける評価では、刑量が国民の規範意識を覚醒・強化できるものであるか否か、すなわち国民の規範意識に影響を与えるものであるか否か、が重要となる。そして、刑罰は国民の持つ「感覚」を通して国民の規範意識に作用することを考えれば、責任に相当する刑量(ないしその幅)の場合と同様に、国民の持つ「感覚」が評価尺度の性質の決定において重要となるのである。

3. このように、責任に相当する刑量(ないしは責任に相当する刑の「幅」)および(積極的)一般予防の見地から最低限必要とされる刑量の評価においては、国民の持つ「感覚」が評価尺度の性質の決定に重要となる。したがって、その評価尺度の評価座標としては、ハークが用いた対数座標を採用することが考えられる。

ハークは、人間の感覚の特徴から、刑罰に対する感覚の程度と刑罰の大きさの関係を対数関数で結び付け、刑罰に対する感覚の程度と責任との関係を比例関係で結び付けた上で、最終的に責任と法定刑との関係を対数関数で結び付けた¹⁰⁷。人間の「感覚」は、刺激の増加にしたがって、その感覚の増加の割合は低下するものである。また、対数関数は、図4-3で示されるように、入力変数 x の増加に反比例するように出力変数 y の変化率が減少する。このため、対数関数は、以上のような人間の「感覚」の特性をもっとも適切に表すものと考えられる。このような理由から、人間の「感覚」に関する現象に対数関数が用いられたのである¹⁰⁸。

刑罰枠は、責任に相当する刑量(ないしは責任に相当する刑の幅)および(積極的)一般予防の見地から最低限必要とされる刑量の評価尺度である。そして、いままで述べてきたように、責任に相当する刑量(ないしその幅)および(積極的)一般予防の見地から最低限必要とされる

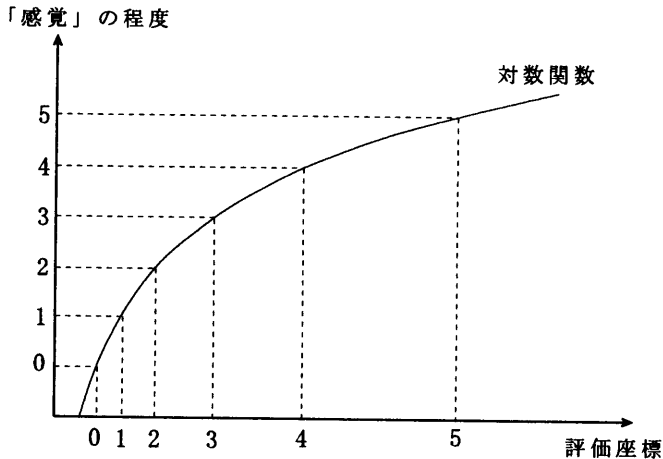


図4-3 評価座標と「感覚」の程度の関係

量刑の評価においては、国民の持つ「感覚」がその評価尺度の性質の決定に重要となる。また、ハークも述べるとおり、対数関数は人間の「感覚」を適切に表現する関数であり、人間の「感覚」に大きく依存する現象を数式化する場合には、対数関数を用いることが適当である。したがって、本稿は、刑罰枠の評価座標としては、図4-3で示されるような、刑罰に対する感覚の程度と対数関数によって結び付けられた評価座標（対数座標）が適当であると考ええる。

- (9) 内藤謙『刑法講義総論(下)I』（1991年）742頁参照。
- (10) 内藤謙『刑法講義総論(上)』（1983年）122頁参照。
- (11) 内藤・前掲注(9)743頁参照。
- (12) 城下裕二『量刑基準の研究』（1995年）113頁参照。
- (13) 井田・前掲注(2)297頁以下。
- (14) 前田雅英『刑法総論講義（第2版）』（1994年）82頁および320頁。
- (15) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」早稲田法学 69巻1号（1993年）63頁以下。
- (16) 井田・前掲注(2)314頁脚注(17)。

(17) Haag, Anm.4, S.63-65.

(18) 前出 第3章第2節。なお、「程度」の評価において対数関数が用いられている具体的な例として、音の強さを表す「デシベル」、地震の規模を表す「マグニチュード」などをあげることができる。

(2) 具体的量刑枠の「評価座標」

続いて、具体的量刑枠の評価座標について検討する。

具体的量刑枠は、予防による量刑決定のための評価尺度である。したがって、具体的量刑枠の評価座標は、予防が量刑においてどのように考慮されるのかによって決定される。

量刑において考慮されるべき予防として、まずは特別予防をあげることができる。その具体的内容としては、例えば被告人への威嚇、被告人の規範意識の確認・強化、再社会化、保安などが主張されてきた¹⁹⁾。これらの特別予防については、現在のところ、再犯可能性や予防効果などに関する知識が明らかに不足しているため²⁰⁾、その評価に関する正確な検討は困難ではある。しかし、例えば、威嚇、規範意識の確認・強化、および再社会化のための教育効果が、被告人の「感覚」を通して被告人の意識に作用するのであれば、特別予防に対する評価座標として対数座標を用いることも、十分考えられる。

また、量刑において考慮されるべき予防として、次に一般予防をあげることができる²¹⁾。一般予防の内容としては、消極的意味での一般予防すなわち国民に対する「威嚇」を考える場合と、積極的な意味での一般予防すなわち国民の規範意識の覚醒・強化を考える場合とが考えられる。しかし、いずれの考えによる場合にも、国民すなわち人間の刑罰に対する「感覚」を通して一般予防目的が機能すると考えられる。このことから、一般予防に対する評価座標としても、対数座標を採用することが可能である。

以上のように、特別予防および一般予防の評価尺度としての具体的量

〈24〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

刑枠の評価座標を考えた場合にも、その評価座標として対数座標を採用することは十分に考えられる。したがって、本稿は、とりあえず、具体的量刑枠の評価座標としても対数座標が適切であると考ええる。なお、制限条件の作用形態として「切り取り型」を考える場合には、特別予防および一般予防の評価座標は刑罰枠となる⁽¹⁹⁾。そして、この場合の刑罰枠についても、以上に述べたように、その評価座標は対数座標が適当であると考ええる。

(19) 特別予防の内容を被告人への威嚇、社会化、保安と考えるものとして、川崎一夫『体系的量刑論』（1991年）181頁以下。特別予防の内容を行為者の規範意識の確認・強化と考えるものとして、城下・前掲注⁽¹²⁾133頁。なお、川崎教授は、被告人への威嚇を「特別予防的威嚇」とよんでおられる。そして、これについては、「その者に対して法的義務に服従すべき心情を感銘的に惹起（する）」（川崎・体系的量刑論180頁）と述べておられるので、被告人の規範意識に作用するという点では、川崎教授の主張される「特別予防的威嚇」は、「行為者の規範意識の確認・強化」と共通のものを含んでいるといえよう。

(20) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(-)」早稲田法学68巻3・4号（1993年）95頁参照。

(21) 改正刑法草案48条は、「①刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。②刑の適用にあたっては、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考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない。③死刑の適用は、特に慎重でなければならない。」（傍点は、筆者）とし、量刑において、特別予防と並んで、一般予防の考慮が入り込む余地を認めている。なお、量刑において一般予防を（責任や特別予防と並んで）「独立に」考慮することを否定するものとして、岡上・前掲注⁽²⁰⁾108頁以下、城下・前掲注⁽¹²⁾134頁以下。

(22) 前出 第3章第4節(1)および(2)。

第4節 対数座標と規範的通常事例

1. ここで、評価尺度を対数座標とすることが従来の議論にどのような影響を与えるのかを検討したい。そのために、「規範的通常事例」を取り上げ、これが対数座標をとる評価尺度においてどのような意味を有するのかを検討してみたい。

「規範的通常事例」は、ドイツにおいて、量刑に際して裁判官がある事例を評価する際に必要となる基準を提供しうるものとして、議論されてきた^四。規範的通常事例とは、当該法定刑が予想し得る「平均的」な事例であり、法定刑の「中央」に位置する刑罰を相当とする事例である。したがって、判断の対象となる事例を比較・評価するための基準事例として規範的通常事例を考える場合には、量刑判断は刑罰枠の「中央」の刑量を出発点として行われることになる。

一方、ドイツでは、基準事例として、規範的通常事例にかえて「統計的通常事例」を考える立場も存在する。統計的通常事例とは、実際に最も頻繁に現れる事例であり、それに相当する刑罰は法定刑の下限より3分の1に属することが多いとされる^四。したがって、規範的通常事例を基準事例とする立場と、統計的通常事例を基準事例とする立場では、刑罰枠の中における量刑の出発点となる刑量は、それぞれ異なるものが予定されているといえる。

2. ところで、本稿が提案するように、刑罰枠の評価座標として対数座標を採用した場合には、規範的通常事例に対応する刑量は、次のようになる。

まず、刑罰枠が予定する最も軽い犯罪と最も重い犯罪、すなわち刑罰枠の下限 (m_L) および上限 (m_U) に相当する犯罪の重大さの評価値を t_L 、 t_U とする。 t_L 、 t_U は、対数関数を用いて次のようになる。

$$t_L = k \cdot \log(a \cdot m_L) \quad \text{式 4-1}$$

$$t_U = k \cdot \log(a \cdot m_U) \quad \text{式 4-2}$$

〈26〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

m_L ：刑罰枠（刑罰法規に規定される当該犯罪における量刑）
の下限

m_U ：刑罰枠（刑罰法規に規定される当該犯罪における量刑）
の上限

a、k：係数

次に、規範的通常事例に相当する量刑を m_M 、その重大さの評価値を t_M とすると、 t_M は次のようになる。

$$t_M = k \cdot \log(a \cdot m_M) \quad \text{式4-3}$$

ここで、規範的通常事例を、犯罪の重大さにおいて、刑罰枠が予定する犯罪の「中央」に位置する犯罪、すなわち、刑罰枠の下限に相当する犯罪と上限に相当する犯罪の中央に位置するものとする、規範的通常事例の重大さの評価値 t_M は、

$$t_M = \frac{1}{2} \cdot (t_L + t_U) \quad \text{式4-4}$$

すなわち、刑罰枠の下限に相当する犯罪の重大さの評価値と上限に相当する犯罪の重大さの評価値の平均の値となる。そして、式4-1、式4-2、式4-3を、式4-4を代入すると

$$k \cdot \log(a \cdot m_M) = \frac{1}{2} \cdot \{k \cdot \log(a \cdot m_L) + k \cdot \log(a \cdot m_U)\}$$

ここで、左辺および右辺を変形すると、

$$\text{左辺} = k \cdot \{\log(a) + \log(m_M)\}$$

$$\text{右辺} = \frac{1}{2} \cdot k \cdot \{\log(a \cdot m_L) + \log(a \cdot m_U)\}$$

$$= \frac{1}{2} \cdot k \cdot \log(a^2 \cdot m_L \cdot m_U)$$

$$\begin{aligned}
 &= k \cdot \log (a^2 \cdot m_L \cdot m_U)^{1/2} \\
 &= k \cdot \log (a \cdot \sqrt{m_L \cdot m_U}) \\
 &= k \cdot \{ \log (a) + \log (\sqrt{m_L \cdot m_U}) \}
 \end{aligned}$$

左辺 = 右辺より、

$$k \cdot \{ \log (a) + \log (m_M) \} = k \cdot \{ \log (a) + \log (\sqrt{m_L \cdot m_U}) \}$$

したがって、

$$\log (a) + \log (m_M) = \log (a) + \log (\sqrt{m_L \cdot m_U})$$

$$\log (m_M) = \log (\sqrt{m_L \cdot m_U})$$

$$\therefore m_M = \sqrt{m_L \cdot m_U}$$

式 4-5

すなわち、規範的通常事例に相当する刑量は、評価座標を対数座標とする刑罰枠の上では、刑罰枠の下限と上限の中央に位置するのではなく、下限と上限の積の平方根によって定められることになるのである^四。

3. この下限と上限の積の平方根によって定められる刑量を、具体的に検討する。

刑罰枠の下限と上限は、それぞれの犯罪類型ごとに異なる値をとる。このような犯罪類型によって下限と上限が異なる評価尺度を同じ視点から検討するためには、これら異なる評価尺度を標準的な共通の評価尺度に変換すること、すなわち評価尺度の正規化が必要となる。したがって、具体的な検討を行う前に、評価尺度の正規化を行うこととする。

まず、犯罪の重大さについては、下限に相当する犯罪（当該犯罪類型の中で予想されうる最も軽いと評価される犯罪）の重大さを0、上限に相当する犯罪（当該犯罪類型の中で予想されうる最も重いと評価される犯罪）の重大さを1とする。

そして、刑罰枠の下限および上限は、式 4-1 および式 4-2 から、

$$0 = k \cdot \log (a \cdot m_L)$$

$$1 = k \cdot \log (a \cdot m_U)$$

ここで、係数 k および a を、それぞれ 1 とおくことによって、

$$0 = \log (m_L)$$

〈28〉 量刑の評価過程と数量的構造 (3・完) (小島)

$$\therefore m_L = 10^0 = 1$$

$$1 = \log(m_U)$$

$$\therefore m_U = 10^1 = 10$$

となる。すなわち、下限に相当する犯罪の重大さを0、上限に相当する犯罪の重大さを1と正規化したことに対応して、評価座標を対数座標とする刑罰枠の下限は1、上限は10と正規化される。

このように正規化された評価尺度において、下限と上限の積の平方根によって定められる刑量は、式4-5から

$$m_M = \sqrt{m_L \cdot m_U} = \sqrt{1 \cdot 10} = \sqrt{10} \\ = 3.1622777$$

となり、下限から、

$$(3.162277 - 1) / (10 - 1) = 0.240253$$

すなわち、約4分の1のところに位置することになる (図4-4)。

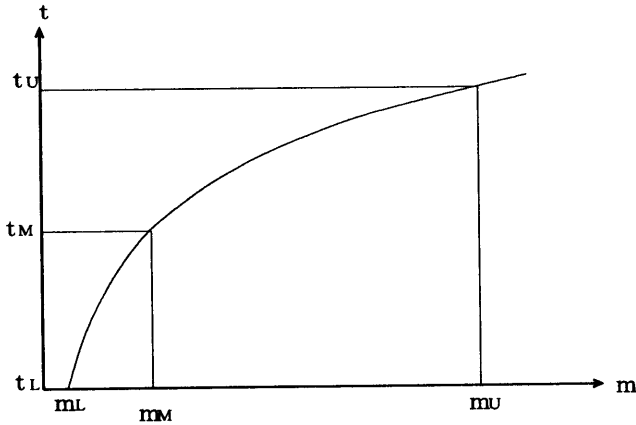


図4-4 対数座標と規範的通常事例

このように、刑罰枠の評価座標を対数座標とした場合には、刑罰枠の下限に相当する犯罪と上限に相当する犯罪の中央に位置するとされる事例、すなわち規範的通常事例は、刑罰枠の下限と上限の2分の1ではなく、下限から4分の1のところに位置する。したがって、下限から3分

の1のところとその多くが属するとされるドイツにおける統計的通常事例と同様に、基準事例として規範的通常事例を考えた場合、量刑判断において出発点となる刑量は、刑罰枠の下限に近寄ることになるのである。

- (23) ドイツにおける規範的通常事例と統計的通常事例に関する議論については、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 卷 2・3 号（1992 年）155 頁以下参照。
- (24) 林・前掲注(23) 156 頁。
- (25) Haag, Anm.4, S.74. も、同様の検討によって、同じ結論を導き出している。

第 5 節 一般的評価尺度と刑罰枠の改正

1. 前節で述べたように、刑罰枠の評価座標が対数座標をとるものと考えた場合には、規範的通常事例は、刑罰枠の下限と上限の2分の1ではなく、下限から4分の1のところに位置することになる。

刑罰枠は、ある犯罪について予想しうるすべての事態を考慮に入れた評価尺度であり、様々な事態が発生する確率を考慮しながら決定された評価尺度と考えることができる。したがって、基本的な量刑の状態では、例えば一つの法定刑が単一の犯罪類型のみを対象とし、起訴便宜主義によって軽微な犯罪を起訴しないなどの刑事政策上の観点による配慮が入り込まない状態では、刑罰枠における刑量とそれに対する事例の発生頻度の関係から形成される分布は、確率分布の中で中心的位置をしめるとされる正規分布、すなわち刑罰枠の「中央」の位置にもっとも多く事例が集まり、「中央」から離れるにしたがって事例の発生頻度が低くなるような分布をとるべきと考える。そして、前節で述べたように、対数座標をとる刑罰枠においては、刑罰枠の「中央」すなわち規範的通常事例は刑罰枠の下限から4分の1のところに位置しなければならず、分布の形状は図4-5のようになる。本稿では、このような事例の分布を、

「理論的事例分布」とよぶことにする。

しかしながら、我が国で現実に言い渡される刑量は、刑罰枠の下限あるいは上限に集中するものがみられるなど、必ずしもこのような分布を示さない。このような現実の量刑判断は、評価尺度の評価座標が対数座標であることを前提とした理論的事例分布を否定するのであろうか。あるいは、現実の量刑判断は、これとは全く異なった別の評価尺度によって行われているのであろうか。

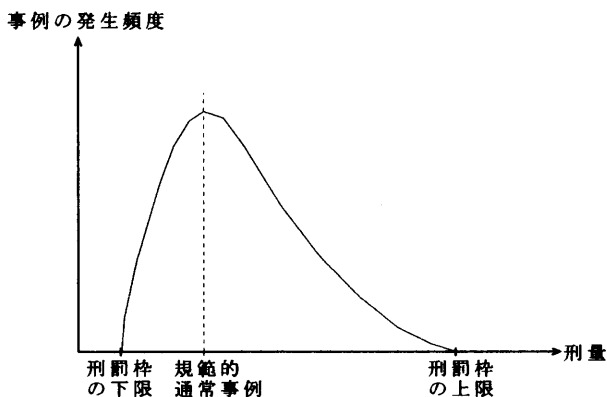


図4-5 刑罰枠における理論的事例分布

2. これまで述べてきたところによれば、予防に対する制限条件の作用形態として「切り取り型」を考えた場合には、制限条件としての「下限」・「上限」に相当する刑量、そして予防による刑量は、ともに刑罰枠を評価尺度として判断される。また、予防に対する制限条件の作用形態として「座標変換型」を考えた場合には、制限条件としての「下限」・「上限」に相当する刑量は刑罰枠を評価尺度として判断され、予防による刑量は「下限」および「上限」によって限定される具体的量刑枠を評価尺度として判断されるのである²⁹。

しかしながら、これらの評価尺度となる刑罰枠そのものも、「下限」および「上限」によって定められている。したがって、その刑罰枠の「下

限」および「上限」を決定するためには、刑罰枠以外の別の評価尺度が必要である。つまり、立法者が、予想されうる犯罪形態を念頭において刑罰枠の「下限」および「上限」を決定するときには、刑罰枠の外部に存在する評価尺度によって評価が行われる必要があるのである⁹⁹。また、立法者や裁判官が、刑罰法規に規定されている刑罰枠の当否を判断するときにも、刑罰枠の外部に存在する評価尺度が必要となる。このような刑罰枠の外部に存在する評価尺度を、本稿では「一般的评价尺度」とよぶことにする。そして、この一般的评价尺度は、刑罰枠の上位に存在して、刑罰枠の設定あるいはその評価のための評価尺度となるのである。

一般的评价尺度は、犯罪およびそれに対する刑罰についての評価の基礎となる評価尺度である。そして、この尺度の形成に大きく影響を与えるものは、犯罪および刑罰についての国民の規範意識であると考えられる。しかし、その規範意識は、「現に存在する」国民意識そのものではなく、「規範的に捉えられた」国民意識でなければならない。「現に存在する」国民意識は、特定の犯罪がセンセーショナルに報道で取り上げられるなどのその時々状況によって、大きく変化する場合がある。これに対して、「規範的に捉えられた」国民意識は、長い期間で考えた場合にはゆっくりとした変化を見せるものの、その時々で変化する「現に存在する」国民意識の変化の影響を受けてはならず、安定したものでなければならない。このような「規範的に捉えられた」国民意識は、一方では、立法の過程を通じて法規範の中にその姿を現し、他方では、「社会通念」などとして、裁判の過程を通じてその姿を現す。そして、裁判の過程を通じて現れる国民意識は、法規範の中に現れた国民意識に適合するものでなければならない。また、下位の法規範が上位の法規範にしたがうように、下位の法規範の中に現れる国民意識は、上位の法規範の中に現れた国民意識に適合するものでなければならない。このように考えると、刑罰法規において刑罰枠を定める場合、あるいは現実の事件に刑罰枠を適用する場合に、そこで具体的に問題となる国民意識は、全法秩序の根底となる憲法

秩序にもっとも基本的な形で現れている国民意識に適合するものでなければならぬ。すなわち、刑罰枠の設定ないしは評価において、立法者および裁判官は、憲法解釈を中心として導き出される憲法秩序における国民意識を第一の手がかりとして、一般的評価尺度を発見しなければならないのである⁹⁹。

3. もともと、刑罰枠は、立法者が一般的評価尺度に当該の犯罪類型において予想されうるすべての事態を当てはめて、一般的評価尺度の不要となる範囲を切り捨てて、当該犯罪類型の評価に必要となる範囲を切り取ったものである。したがって、刑罰枠の設定段階では、一般的評価尺度と刑罰枠の間には「切り取り型」が妥当する。立法者は、一般的評価尺度を基準として、当該犯罪類型に適切な評価尺度となるように刑罰枠を設定するのである。一方、裁判官は、立法者によって切り取られた評価尺度に拘束されて量刑を行う。したがってこの限りでは、量刑段階においては、原則的に一般的評価尺度と刑罰枠の間には「座標変換型」が妥当する。裁判官は、一般的評価尺度を離れて、立法者によって切り取られた刑罰枠を基準として評価を行うのである¹⁰⁰。

このように、量刑の段階においては、裁判官は通常刑罰枠の中だけで量刑を行うのであり、刑罰枠という評価尺度に拘束される。そして、本節冒頭で述べたような理論的事例分布を前提とする場合には、立法者は、図4-5に示されるような理論的事例分布を念頭に刑罰枠を設定しなければならない。したがって、理想的な状態、例えば立法直後の状態では、刑量とそれに対する現実に言い渡される事例の発生頻度の関係から形成される分布（現実的事例分布）は、この理論的事例分布に一致するはずである。このとき、実際に最も頻繁に現れる事例、すなわち統計の通常事例は、当然に規範的通常事例と一致するのである（図4-6）。

しかしながら、一般的評価尺度は、時代その他の要因で変化をしていく。そして、その一般的評価尺度の変化を立法者が常に刑罰規定に反映することは、不可能である。それゆえ、裁判官がその一般的評価尺度の

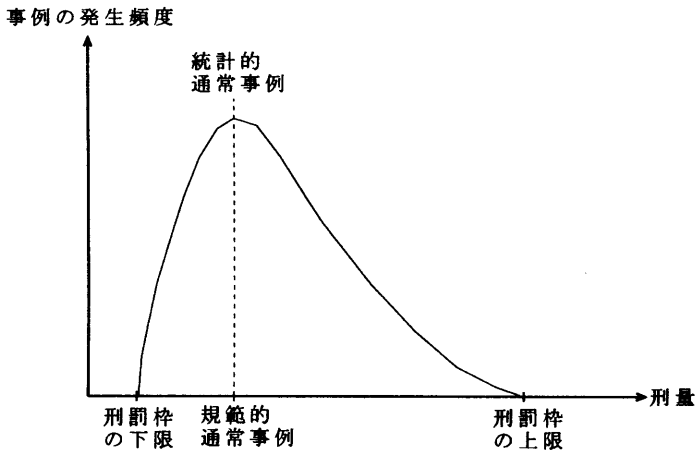


図 4-6 現実の事例分布と理論的事例分布が一致した場合

変化を発見し、これを刑罰枠等の評価尺度に反映することは、一定の限度で許されていると解すべきである⁸⁰。このとき、裁判官は、刑罰枠から離れて一般的评价尺度によって事例の評価を行うのであり、一般的评价尺度と刑罰枠の間では、「座標変換型」は妥当せず、一時的に「切り取り型」が妥当することになる。このように、一般的评价尺度の変化は、刑罰枠等の評価尺度にも影響を与えるのである。

したがって、たとえ立法当時には現実の事例分布と理論的事例分布(および統計的通常事例と規範的通常事例)が一致していた場合でも、時間とともに、現実の事例分布(および統計的通常事例)は下限あるいは上限の方向に偏っていくことになる(図 4-7)。

この現実の事例分布の偏りが一般的评价尺度の変化を受けたものではないと判断される場合には、裁判官が行ってきた量刑判断には誤りがあると判断することができ、現実の事例分布は不当なものとして否定される。この場合には、理論的事例分布に近づくように、量刑実務が修正されるべきである。これに対して、現実の事例分布の偏りが一般的评价尺度の変化を受けたものであると判断される場合には、理論的事例分布か

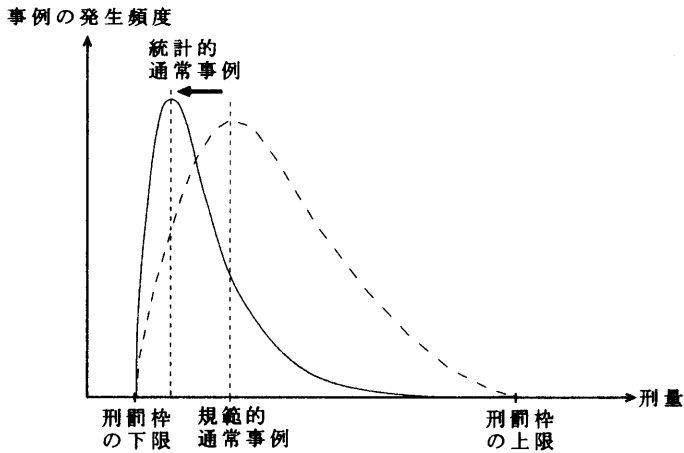


図4-7 現実の事例分布と理論的事例分布がずれた場合

らずれた現実の事例分布も、正当なものとして肯定され得るのである。

4. しかし、現実には言い渡される刑量は、法定刑の下限及び上限に拘束され、そこからはみ出すことは許されない。その結果、現実には言い渡される事例の分布は、下限あるいは上限に「過度に」集中することになる。このように事例の分布の偏りが極端になった場合、すなわち現実の事例分布の変化が評価尺度の本質を壊す程度に至った場合には、刑罰枠の改正等の立法措置が必要となるのである³³⁾。

現実の事例分布の理論的事例分布からの偏りの態様には、二つのものが考えられる。一つ目の態様は、現実の事例分布が、理論的事例分布と分布の形状ではほぼ一致しているが、刑罰枠の座標上での位置が理論的事例分布と大きくずれている場合である(図4-8)。

この場合に行うべき立法措置は、刑罰枠の下限と上限を変更して、規範的通常事例と統計的通常事例が一致し、理論的事例分布と現実の事例分布が一致するように、刑罰枠を変更することである(図4-9)。

また、二つ目の態様は、現実の事例分布が、例えば事例が集中するところ(分布の山)が複数存在するなど、理論的事例分布と形状が一致し

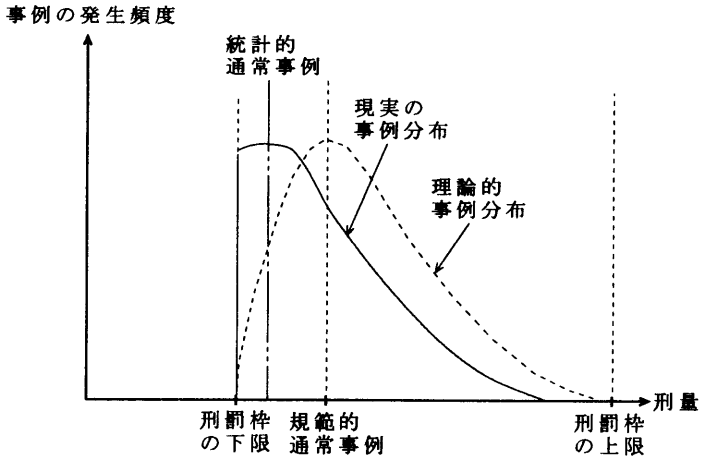


図 4-8 事例分布のずれ-1

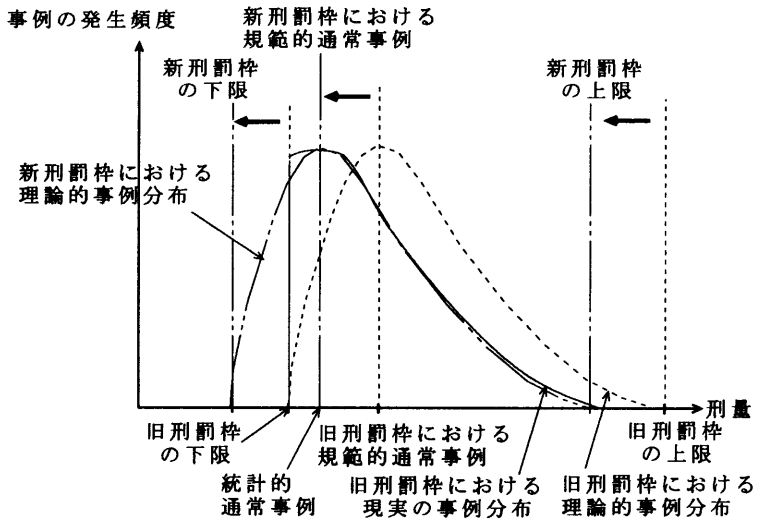


図 4-9 刑罰枠の変更-1

ない場合である (図 4-10)。

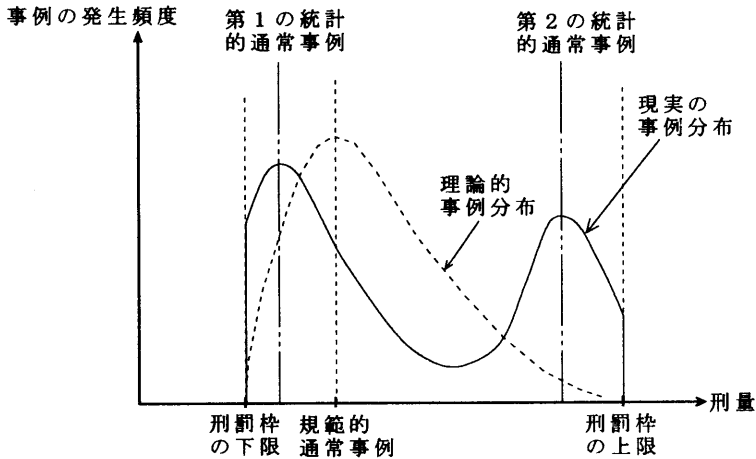


図 4-10 事例分布のずれ-2

この態様は、一つの構成要件が複数の種類の犯罪を取り込んでおり、その構成要件に対応する一つの刑罰枠が、評価基準が異なる複数の犯罪類型に対する評価尺度を取り込んでいることから生じるものと考えられる。この場合の立法措置としては、類型およびその評価が共通する犯罪ごとに、構成要件およびそれに対応する刑罰枠を分割して規定することである。例えば、現実の事例分布が二つの山を示す場合には、あらたな二つの構成要件を設定し、現実の事例分布のそれぞれの山に対応する二つの刑罰枠AおよびBを定めるのである (図 4-11)。

このように、現実の事例分布が理論的事例分布から偏ることは、現実の量刑判断が対数座標をとる刑罰枠とは全く別の評価尺度によって行われていることを肯定するものでもなく、刑罰枠が量刑判断において評価尺度としての役割を果たしていることを否定するものでもない。むしろ、刑罰枠が対数座標をとる評価尺度として存在することは、現実の事例分布に対する刑罰枠の変更等立法措置に対する判断の基準を与えるものとして、意義を有するのである。

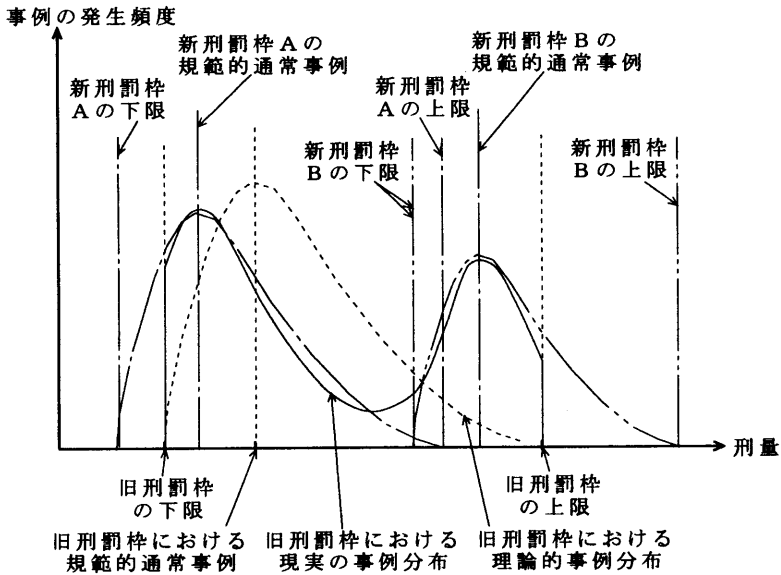


図4-11 刑罰枠の変更-2

- (26) Vgl. Bruns, Anm.1, S.259.
- (27) 石村貞夫『統計解析のはなし』(1989年)102頁参照。
- (28) 前出 第3章第4節。
- (29) 川崎教授が「立法者は法定刑を定立するにあたって、構成要件として類型化されている行為を一般的に評価しなければならない」(川崎・前掲注(19)17頁)と述べておられるのも、同旨と思われる。
- (30) 一般的評価尺度については、とりあえず本文のように考えた。しかしながら、本文における検討ではいまだに不十分である。本稿ではこれ以上の詳しい検討はできないが、一般的評価尺度については、その性質、その発見方法等について、様々な角度から検討が必要である。今後の課題としたい。
- (31) 「下限」・「上限」の作用形態としての「座標変換型」は、評価尺度の内部から当該評価尺度をみたもの、「切り取り型」は、上位の評価尺度の存在を前提とし、その上位の評価座標から当該評価尺度をみたものともいえる。
- (32) Vgl. Franz Streng, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, Eine Untersuchung zu*

〈 38 〉 量刑の評価過程と数量的構造（3・完）（小島）

rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung, 1984, S.44.

- ③ 現実に言い渡される刑が法定刑の上限に接近する、いわゆる「頭打ち現象」を理由の一つとして罰金刑の見直しを行った例として、「罰金の額等の引き上げのための刑法等の一部を改正する法律（平成3年 法律第31号：平成3年4月17日公布、同年5月7日施行）を挙げることができる。なお、この改正の経緯については、角田正紀「罰金の額等の引き上げのための刑法等の一部を改正する法律について」ジュリスト982号（1991年）73頁以下、同「罰金刑の見直し」時の法令1408号（1991年）6頁以下、池田茂穂「我が国における財産刑運用の実情と問題点について」法務総合研究所研究部紀要32号（1989年）1頁以下など参照。

第5章 結語にかえて

1. 本稿は、量刑論の中でも特に研究が遅れている量刑の「評価過程」、すなわち量刑事情の衡量・数量化の過程について、量刑で扱われる「量」に焦点を当てて数量的視点から検討を行ったものである。

本稿では、量刑の理論的研究が遅れている一つの理由として、量刑の過程では「量」が具体的に扱われていることを指摘し、数学的手法を、その正確性・客観性に着目して、「量」を扱う一つ的手段として捉えた（第1章）。そして、量刑における数学的手法の利用の手がかりとして、数学的手法を用いたドイツの二つの研究、すなわち量刑の数学モデルの構築を試みたハークおよびリンストウの研究を検討した（第2章）。次に、ハークおよびリンストウの研究の検討結果をもとに、量刑において用いられる基本的な数学的手法として「和」・「積」・「1次関数」・「対数関数」および「不等式」を取り上げ、そのそれぞれの意味について量刑学の視点から検討を行った（第3章第2節）。その上で、責任と予防に関する議論の代表的な立場を中心に量刑の評価過程を数学的手法によってモデル化し、それらの共通点を抽出して、量刑の基本構造を予防（ないしは責任

に相当する刑量を出発点とする予防) による刑量とその「下限」および「上限」を定める制限条件から構成されるものとして再構成した(第3章第3節)。この再構成の過程では、責任ないしは責任の幅等、量刑において具体的量刑枠の「下限」・「上限」を定める制限条件が量刑の評価過程において重要な役割を担うことが明らかになると同時に、これらの制限条件が刑量決定にどのように作用するのかについて明らかにする必要が生じた。本稿では制限条件の作用形態を、単なる「下限」・「上限」と考える「切り取り型」と、基準座標が変換される「座標変換型」の二つの作用形態に分け、そのそれぞれについて、作用形態の差異が評価過程において具体的にどのように現れるのかを数学的手法を用いて検討した(第3章第4節)。

このような量刑の評価過程の再構成の過程で、本稿は次のような点を問題点として指摘した。「切り取り型」および「座標変換型」という予防に対する制限条件の二つの作用形態の違いは、従来の議論においては明確に意識されてはこなかった。それは、量刑において議論される様々な「下限」と「上限」について、その「下限」と「上限」によって定められる「範囲」にどのような意味があるのか、あるいはその「下限」と「上限」によって定められる「範囲」は量刑においてどのような役割を担うのかを十分に意識してこなかったことに起因するものである。そして、「幅の理論」における責任に相当する刑の「幅」についても同様のことが指摘できる。そこで、本稿は、刑罰枠(法定刑ないしは処断刑)を、予防に対する制限条件としての「下限」・「上限」についての評価の基準となる「評価尺度」と捉え、また、「下限」・「上限」によって限定される具体的量刑枠を、予防による刑量についての評価の基準となる「評価尺度」と捉えて、これらの評価尺度の性質を検討することとした(第4章第1節)。そして、以下の結論を導き出した。

刑罰枠および具体的量刑枠は、単にその「下限」と「上限」のみが問題となるのではなく、評価尺度としてその中に存在する目盛りが「下限」

と「上限」の間でどのように分布しているのか、すなわち、評価目盛りの座標配置（評価座標）の状態がどのようなものであるのかが重要となる（第4章第2節）。そして、その評価座標は、評価の対象がその評価尺度の中でどのように評価されるのかによって決定される。本稿は、刑罰枠および具体的量刑枠について、そのそれぞれを評価尺度として行われる予防に対する制限条件および予防の評価の性質を検討し、その結果、国民が持つ（人間の）「感覚」が評価尺度の性質を決定付けるものとして重要であると考えた。そして、これらの評価尺度の基本的な評価座標としては、人間の「感覚」を最もよく表現するとされる対数関数によって表される座標（対数座標）を提案した（第4章第3節）。また、この対数座標をとる評価尺度としての刑罰枠を用いて、ある犯罪類型における平均的な事例すなわち「規範的通常事例」は、刑罰枠の下限から約4分の1のところと位置し、ドイツにおいて下限から3分の1のところと存在することが多いとされる「統計的通常事例」と同様に、法定刑の下限に近づくことを示した（第4章第4節）。

また、立法者は、刑罰枠の上位に存在する一般的評価尺度を基準として、予想されうる犯罪形態を念頭において刑罰枠の下限および上限を決定する。本来、刑罰枠は、規範的通常事例が統計的通常事例と一致するように決定されるべきである。しかしながら、現実には言い渡される事例の分布は、時代とともに一般的評価尺度が変化していく影響を受けて、下限あるいは上限方向に偏っていく。そしてこの偏りが極端になった場合に、その偏りに応じた刑罰枠の改正等の立法措置が必要になる。評価尺度としての刑罰枠は、このための判断の基準を与えるものでもある（第4章第5節）。

2. 以上が、本稿の要約である。しかしながら、本稿が提示した結論が、直ちに量刑実務に対して一定の貢献をなすものとは期待できない。本稿が提示した結論が一定の現実的な成果を上げるためには、以下のような点が、さらに検討すべき課題として残されるであろう。

第1に、本稿では、刑罰枠等の評価座標を基本的に対数座標として提案したが、その評価座標を具体的にはどのように決定するのかを次に検討しなければならない。刑罰枠の評価座標の決定については、例えば、刑罰枠の評価座標の中に具体的な事例を取り込んでいくことが考えられる。そして、そのための手段としては、従来から行われてきた数量的な実証的研究を利用することも考えられよう。しかしその場合には、本稿が提示した評価過程の枠組みの中において、数量的な実証的研究が現実に利用可能であるのかが検討されなければならない。そして、この検討には、二つの視点からのアプローチが必要である。一つは、数量的な実証的研究で用いられている解析モデルと理論から導き出される数学モデルとの相違⁽¹⁾が実証的研究の成果を刑罰枠の評価座標決定に利用する場合にどのような問題を生じさせるのかという、いわば「数学的手法」の視点からの検討である。そして、もう一つは、具体的な事例あるいはそれらの積み重ねが形成する「量刑相場」が刑罰枠という評価尺度の中でどのような「規範的な」役割を果たすのかという、いわば「法的」視点からの検討である。後者のアプローチからは、あるいは、刑罰枠を評価尺度として評価される責任の概念そのものにも、数量的な視点からの検討の対象が及ぶ可能性もある。

また、積極的意味での特別予防については、本稿ではとりあえずその評価座標として対数座標を採用することを提案した。しかし、例えば、特別予防を目的として刑量を決定する場合に被告人に対する処遇による教育効果の予測が考慮されるのであれば、その評価座標の決定においては、教育心理学的あるいは行動科学的な分野などからの検討が不可欠となるであろう。評価座標の決定には、このような他の学問領域からの知見を取り入れていく必要がある。

さらに、一般的評価尺度についても、本稿では十分な議論をすることができなかった。刑罰枠の上位に存在する一般的評価尺度について、それがどのように形成され、どのような内容を持ち、そして裁判官や立法

者をはじめとする関係者が具体的にどのようにそれを認知するのかなど、検討すべき点は多い。この点も、将来の課題である。

3. 本稿は、「量」に焦点を当てて量刑の評価過程を検討するという目的にしたがって、連続した量として存在する有期懲役刑・罰金刑などにおける刑期・金額に対象を絞って議論を行った⁽²⁾。しかしながら、現実の量刑実務においては、むしろ、執行猶予の可否、無期懲役と死刑や罰金刑と懲役刑のような刑種の選択に、重要な関心が寄せられている。このように、「不連続」な量刑を評価尺度の中にどのようにあてはめていくのか、または、「不連続」な量刑に適用される評価尺度をどのように設定し、さらにその評価尺度と本稿が検討の対象としたような「連続的な」評価尺度との関係をどのように捉えるのが、検討されなければならない。

また、具体的な量刑事情が刑罰枠等の評価尺度の中でどのように評価されるべきであるのかも、検討されなければならない。個々の量刑事情は、直接的に刑罰枠等の評価尺度によって評価されるのか、あるいは、個々の量刑事情ごとに個別の評価尺度を持ち、直接的にはその評価尺度によって評価されるのか。後者の場合では、具体的な個々の量刑事情を評価する評価尺度が、どのような性質を持っていかに決定されるべきか。さらに、それぞれの量刑事情の評価尺度が刑罰枠等の評価尺度とどのような関係を有すべきであるか。以上のような点が、検討されなければならないのである。

以上のような点を今後の課題として確認した上で、本稿の検討を終わりにしたいと思う。はなはだ不十分なものではあるが、本稿が提示した試論が量刑論のあらたな展開の契機なれば、誠に幸いに思う。

(1) 最近の多くの数量的な実証的研究で用いられている「多変量解析」は、変数となる諸因子とその合成得点との関係を1次式で表している。すなわち、

$$y = a_1 x_1 + a_2 x_2 + a_3 x_3 + \dots + a_n x_n + a_0$$

x_i : 変数

a_i : 変数 x_i に対する重み

y : 合成得点

という数学モデルを仮定して、解析を行うものである（柳井晴夫・岩坪秀一『複雑さに挑む科学——多変量解析入門』（1976年）61頁、有馬哲・石村貞夫『多変量解析のはなし』（1987年）2頁以下参照）。これを量刑モデルに用いた場合には、変数（ x_i ）は量刑事情を、合成得点（ y ）は刑量を表すことになる。しかしながら、本稿で示したように、理論から導き出される数学モデルは、単純にこのような1次式のみで表すことはできない。

- (2) 現実の量刑においては、言い渡される刑期は連続的ではない。すなわち、実際に言い渡される刑期は、1月、2月、3月、4月、5月、6月、8月、10月、1年、1年2月、1年4月、1年6月、1年8月、2年、2年6月、3年、3年6月、4年、5年、6年、7年、8年、10年、12年、13年、15年、18年、20年、無期という刻み方で適用されるのが実務慣行である（井上大「容易でない量刑作業」法学セミナー427号（1990年）49頁参照）。しかしながら、本稿では、これらの刑期は連続した評価尺度の目盛りの一部を形成するものであると考え、刑期そのものは内部的には連続した量を持っているものと考えた。この点についても、検討の余地があると考えている。