

# 量刑基準と量刑相場

——イギリスにおける議論を素材として——

大 谷 実

## 目次

- 一 量刑論の課題
- 二 ストレートフェイルド・レポートと相場概念(以上本号)
- 三 いわゆる量刑の枠とトーマスおよびクロス
- 四 量刑合理化案とウォトン、H・ウィリアムズそしてN・ウォーカー
- 五 今後の展望

## 一 量刑論の課題

一 量刑研究の問題点 現代イギリスの犯罪学を代表する学者の一人N・ウォーカー(Nigel Walker)は、「刑法

量刑基準と量刑相場

同志社法学 二三卷三号

一 (二四五)

は全体としてみれば、法理学のシンデレラであるといえるが、量刑法 (the law of sentencing) は、シンデレラの私生児である<sup>(1)</sup>と述べている。これは、刑法および刑罰をめぐる議論の哲学偏重を皮肉った言葉であるが、同時に、犯罪人の処遇方法が、あまりにも無原則に流れていたことを嘆いた言葉でもある。この皮肉と嘆きとは、われわれの刑法学の現状に、より適切にあてはまるといつてよい。事実、わが国の刑法理論学は、精密な体系を誇り、量刑の基礎と考えられている責任概念に対する哲学的思考は、まことに一貫したものと評価しうるが、他方、量刑の分野では、刑法理論学に現われた哲学的思考は、かえって害悪になるとさえ考えられ、理論の統一性と整合性は放棄されなければならないとされてきているようである。したがって、刑罰制度の改革者は、刑法理論や刑罰理論を考慮することは、かえって行刑の実践を害するものとしてこれを敬遠し、刑種の選択・量刑に当たる裁判官や求刑に当たる検察官は、経験と直観から割りだされる刑量の具体的妥当性を強調する傾向が強い。このことは、一部のものを除いて学界にもそのまま妥当するといつてよいであろう<sup>(2)</sup>。

このようにして、量刑論の分野は、刑法学の中で「不毛」の領域であるとされてから久しいが、それでも、こうした傾向に対して反省をしようとする空気が強まってきていることも否定できない。これを要約して述べておくと、まず、罪名別もしくは犯罪の種類ごとの量刑に関する実証的研究が盛んになり、そこから量刑の原則・法則性を認識しようとする研究がでるようになってきた。この傾向は、法現実主義的傾向に促されて、量刑因子の分析と帰納的方法へと発展し、やがて、量刑の予測研究へと進んできた<sup>(3)</sup>。

他方、量刑基準の統一化を要請する動きが、根強く存在してきたことも否定できない。いわゆる責任主義にもとづく責任刑の観念がこれである。刑罰は、責任の量に比例しなければならぬとする原則は、きわめて多様に理解され

てはきたが、いずれにしても、多元的な量刑因子に、なんらかの統一的基準を与えようとする点では、一致しているとみてよいであろう。<sup>(4)</sup>

では、これらの傾向は、量刑法を嫡出児の地位にまで高めることになったであろうか。まず実証的研究および予測研究であるが、これは、人間の行動を分析的に把握し、そこから法則性を見いだそうとするのであるが、現在のところ、それによって得られた資料を、現実の運用面に反映できるまでにいたっていない点が決定的である。むしろ、量刑研究は、まず、原則の存在を明らかにし、それに立脚して量刑政策の問題に入るべきであろうから、こうした実証的研究の価値を否定するのは妥当でなく、むしろ、この地道な方向から量刑指針を得ようとするところこそ基礎的作業であるといわなければならない。しかし、量刑決定の際に考慮されている因子をどれだけ引きだしてみても、あるいは、裁判官の人間としての行動のダイナミックスを、どれだけ詳細に分析してみたところで、量刑法および量刑政策の問題とは、直接に関連しえないことに注意しなければならない。<sup>(5)</sup>

次に、責任主義と量刑の問題であるが、たしかに、一般にいわれているように、実務では、責任が刑罰の種類や量を定める機能をもちうるとされ、したがって、責任に応じた刑罰の観念は存在すると考えられているかも知れない。しかし、戦後の刑法改正論議にはつきり現われているように、かりに責任が刑罰の限度を定める機能をもつとしても、その責任観念そのものに混乱がある以上、責任が量刑の統一的基準になりえないことは、いうまでもない。それゆえ、量刑は、本人にとっても社会にとってもきわめて重要であるのに、実際に裁判所がこれを行なう場合には、主として直観や非合理的要素にたよる傾向が強いのである。多くの場合裁判官は、刑種・量の選択に際し、かなり広い裁量権をもっているが、その裁量がどのように行使されるべきかについてはっきりしたルールをもたないばかり

か、その裁量権を、犯人と犯罪のどの部分までおよばしめるかに関してさえ明瞭な原則をもたないのが現状であるといつてよいであろう。<sup>(6)</sup>

かつてロバート・ケネディは司法長官時代に、量刑問題の解決は「量刑を平等にせよとすることに求められるべきでなく、量刑の基礎となる哲学に一致を求めることにある」と述べたことがあるが、このことは、わが国の場合にもそのまま当てはまるといってよい。要するに、責任という名辞によって示される概念の实体が、きわめて多様であることは、なんびとも否定できないのが現状であり、その意味で、責任刑の観念は、およそ神話的であると主張しえなされるにいたる。これは、理由あることといわなければならないが、他方、責任刑という言葉の神話性を主張する者も、責任主義の意義を否定するわけではないことに注意を要する。いかえれば、責任観念に刑罰の歯止めとしての意義を付着させようとするものには、反対しないからである。

他方、責任論や刑罰論の対立にもかかわらず、訴訟当事者が予測しうる共通した求刑および量刑の枠が存在することも否定できない。この実務を支配している、経験的に割りだされた量刑の枠を、表現としては適当でないがわれわれは「量刑相場」と呼んできた。<sup>(8)</sup>この量刑相場の観念は、従来、理論的にはほとんど検討されることがなかったが、実務界に根強く存在してきたことは明らかであり、これが、現実には、刑罰の不当性、不平等感を排除する機能をもってきたことも無視できない事実である。

二 解決への指針 このように、量刑法の分野ほど理論および実務のうえで混乱している法領域は、他にみられないほどであるが、これに解決の指針を与えてくれる現実的資料としては、量刑相場の観念がいかに存在していないこ

とが重要である。たしかに、責任主義の存在理由を否定しうるほど、現代の刑法学と行刑が科学化されているとは思われない<sup>(9)</sup>。しかし、「責任は量刑の基準である」とするのも、自己偽瞞の域をでないであろう。むしろ、ヘーゲルの応報主義のもとでは、帰責概念が量刑の基準たりえたとも推測しうるが、いわゆる規範的評価概念としての責任から具体的に懲役何年といったような量刑を引きだすことは、およそ困難であるといつてよい。したがって、刑法の保障機能を強調する側から、責任概念の刑罰限定作用をどれだけ力説してみても、それは全く観念的議論に終始せざるをえず、現実の量刑実務に対する批判的視点を提供することにはなりえない、と思われる<sup>(10)</sup>。

このジレンマから脱出する方法としては、二つの道が考えられよう。その第一は、これまで責任刑として認められてきたものの実体はなにか、をあらためて反省してみることである。そうすると、われわれは、量刑相場の観念に行きあたる。この意義と機能を自覚的に検討することによって、合理的な量刑政策をみちびきだすことができるのではなからうか。しかし、これだけでは、ふたたび実証的研究の限界にぶつかる。われわれは、従来の責任概念が、なぜ、刑罰の内容を構成しえなかつたかを反省し、責任概念そのものを立体的に構成する必要がある。これが第二の道である。両者が相まって、初めて合理的な量刑政策をみちびきだせると考えるが、後者の問題は、他の研究にゆずり、<sup>(11)</sup>ここではひとまず前者の課題に限定して検討する予定である。

しかし、その際に次の三点が前提に置かれなければならないだろう。すなわち、第一に、量刑相場といつても、それはきわめて漠然とした観念であつて、たとえば自由刑についてみても、犯罪の種類・態様について、それほどはつきりした枠があるわけではない。第二に量刑相場が実務家によって、かなり明確に意識されていて、それが量刑則として、かならずしもルール化しているわけではないということである。第三に、わが国では、量刑理由は、「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」(刑訴三三) (五条二項) を除き、判決理由中に明示する必要的記載事項とはなっていないため、量刑相場をみちびきだすのが、實際上困難である場合が多いという点が指摘されよう。<sup>(12)</sup> 上記のことを念頭においたうえで、わたくしは、なお、量刑相場に対する理論的分析の必要性を提唱したい。すなわち、同種の犯罪を類似の状況のもとで犯した場合に、平等な刑罰が科されるということは、一つの追求するに値いする量刑政策の理想であると考えられるからである。そうして、量刑相場の観念と機能を確定し、もし、これが有意義であり妥当であるという結論がえられれば、次に、相場がない場合にはこれを確定し、存在するものが不当であれば、それを訂正する作業こそ、われわれの課題だといふべきであろう。

三 本稿のねらい もちろん、量刑相場の観念が、量刑基準の確立にどれだけ寄与するかは、これから検討するよ  
うに、かなり疑問であるが、従来、量刑基準論は、少なくともアカデミックな分野に関するかぎり、あまりに観念的  
議論に終始しすぎたきらいがあることから、それを現実のものとするための一つの突破口として、量刑相場論の可能  
性を検証しようとするのが、本稿の基礎的モチーフである。

ところで、責任刑と量刑基準をめぐる苦悩は、なにも、わが国の刑法学と実務に固有のものであるわけではない。  
周知のように、ドイツ刑法においては、実務上、量刑を支配している原理の一つに相場の観念と類似した「幅の理  
論」があり、これが、量刑則の困難を解決するものとされてきている。この妥当性いかにについては、つとにわたく  
し自身紹介・検討を試みたのであるが、その結論は、暫定的ながら否定的なものであった。<sup>(13)</sup> これに対して、より實際  
的考慮に根ざした量刑相場の観念は、むしろ法体系の異なるイギリス刑法学と実務に現われてきているといつてよい

であろう。いわゆる the tariff system がこれに相当するものである。イギリスでは、戦後、マンハイムを中心として、量刑の実証的研究が行なわれてきたが、<sup>(14)</sup>とくに一九五〇年代の末頃からバーバラ・ウォトンの影響によって、刑罰・量刑論をめぐる活発な議論が展開されることになった。ウォトンは、功利的刑罰論の側から論陣をはり、刑法における責任概念の排除を提唱した。<sup>(15)</sup>その後議論の大勢は、刑罰概念から倫理性をとり除き、刑法を予防的に組織しようとする傾向が、きわめて露骨に現われてきている。

これに強く反対したのは、H・L・A・ハートであった。<sup>(16)</sup>彼は、刑罰の道義性は、なお否定しつくしえないものであり、道徳を実定的なものと同普遍妥当なものに分け、批判的道徳としてJ・S・ミル、およびベンサムの「幸福と自由」の観念をすすめることによって、刑罰の道義的側面を論証し、刑法から責任観念を排除することは許されないとした。<sup>(17)</sup>（もつとも、この場合、わが国の責任主義の観念とは、）ウォトン一派を担うものとしては、H・ウィリアムズ、トーマス、とくにN・ウォーカーがあり、ハートを支持するものとしては、彼の親友クロスとモーバリー<sup>(18)</sup>などが数えられよう。

こうして刑罰論・量刑論は、現代イギリス刑法学の中で、もつとも重要な地位を占めているといえよう。その中で、とくに議論の集中している問題の一つとして、上記の the tariff system をあげることができる。とりわけ、イギリス内務省が、犯人処遇のための裁判所用ハンドブック The Sentence of Courts <sup>(初版一九六四年、再版一九六九年)</sup> を出版し、そこで、処遇の選択と量定の概略を明示していらひ次の四点が論議を生んできている。すなわち、その第一は、the tariff system は、イギリスの裁判実務の原理として存在するかという問題である。第二に、存在するとして、それは、いかなる刑罰観によっているか、そうして第三に、それは、犯罪人の処遇にとっていかなる展望と問題点を提供するかについてである。最後に、これらの点が解決しうるとして、これを公表することの是非が論ぜられている。とくに近

く出版されるにいたったトーマスとクロスの著書では、*the tariff system* が、きわめて重要視されていることも注目しておく必要がある。

そこで本稿では、すでにわれわれが課題としてかかげたものを検討するために、わが国よりも一歩先んじて研究を開始したイギリスの量刑相場をめぐる理論状況を紹介・検討することを主たる目的としたい。なお、ここでは、イギリスにおける拘禁刑についてのみ言及することを、おことわりしておく。犯罪人処遇全般におよぶと複雑になるとともに、拘禁刑に妥当する原理は、他にも適用しようという理由にもとづく。

註(1) N. Walker, *Sentencing in a Rational Society*, 1969, p. 3. なお、この部分は、彼の記念講演 *The Aims of Penal System* 1965, をまとめたパンフレットを修正して再録したものである。

(2) ここでは、筆者が外地にいる関係で(注)なしで指摘するにとどめるが、この点は、わたくしの近刊著「人格責任論の研究」第三部において、詳細に検討しておいたので参照されたい。

(3) もっとも、これらの研究が、全体の流れといえるかどうかは、疑わしい。

(4) わが国の刑法改正論議に現われた責任主義の貫徹を主張する見解は、結果的に責任と量刑の一元化を要求してきたこととなる。このことは、西ドイツの場合でも同様であるといつてよい。この点についても、(注)ぬきで指摘せざるをえないが、前にあげた拙著の部分を参照されたい。

(5) なお、予測研究と科学的量刑の問題については、欧米の学者によって、かなり突っ込んだ検討がなされているが、(たとえば E., & S. Glueck, *Criminal Careers in Retrospect*, 1943; *Unravelling Juvenile Delinquency*, 1950, H. Mannheim and T. Wilkins, *Prediction Methods in Relation to Borstal Training*, 1955, T. Wilkins, *Evaluation of Penal Measures*, 1969) これらの研究に対して、H・ウィリアムズは、次のように批判している点が注目されよう。いわく「われわれは、この関係においても現代の科学主義的傾向に対しては、警戒しておかなければならない。いったい、それでは、グリュック、マンハイム、ウィルキンズの研究のような予測研究の役割は、なんなのか。ある者は、たとえこれらの



予測表や経験表が、どんなに正確であっても、裁判所の量刑選択について、人間が行なう判断の要素を完全に駆逐することは、ありえないと感じとるであろう。また、もっとも絶望的な予言がそこから得られても、たとえば裁判所がプロベーションを選ぶ…のを、完全に止めさせることはできないであろう」と。H. Williams, "Sentencing in Transition," *Criminology in Transition*, Essay in Honour of H. Mannheim, 1965, p. 29.

(6) この点については、佐伯教授の二つの論文が、注目すべき検討をくわえている。佐伯千仞「量刑理由としての自白と否認」木村博士還暦記念論集昭和三三年九八五頁、同「刑の量定の基準」刑法講座第一卷昭和三八年一一四頁。

(7) Address by Attorney-General R. V. Kennedy, Highland Park, Illinois, Seminar and Institute on Disparity of Sentences, For Sixth, Seventh and Eighth Judicial Circuits, Oct. 1961, 30 F. R. D. p. 426.

(8) 佐伯、前出、刑法講座一一七頁。

(9) 今日では、経験主義、科学主義が犯人の処遇の前提であり、責任主義は、かえって有害であるとする主張が、しばしばなされるが、わたくしは、その科学主義の味がまさに問題なのであり、科学主義を標榜する時代は、まだ到来しないか、あるいは過ぎ去ったものと考えるがどうであろう。

(10) 周知のように、改正刑法準備草案が量定基準の一般原則を規定している、責任を刑の量定の「限度とする」か、「基礎とする」かあるいは、「責任に応じた」刑とするかで、さかんに争われた。むろん、このうちのどれをとるかによって、他の規定にもかかわりをもつから、いちがいにはこれらの論議をノンセンスといふこともできないが、しかし、およそ責任の意味と機能に対する議論をぬきにして、かような主張をすることは、全く観念の遊戯をなすにひとしい。

(11) 拙著前出を参照されたい。

(12) イギリスでは、マジストレート・コートに限り、量刑理由が判決の記載事項とされている。なおこの是非については、いくつかの研究がある。たとえば、R. Cross, "Paradoxes in Prison Sentence" 81 L. Q. R. April 1965, 212 et seq.; A. Thomas "Sentencing-The Case for Reasoned Decisions, Crim. L. R. 243; N. Walker, *Crime and Punishment in Britain* 2ed. 1968, p. 231; H. Williams, *The English Penal System in Transition*, 1970, p. 41. など。わたくしは、量刑理由の明示は、現在の量刑政策の前提であるというたてまえから、是非必要であると考えている。この点は、近く別稿で検討する予定である。

- (13) 拙稿、行為主義と人格責任論—いわゆる幅の理論について—、判タ二三八号、昭和四四年。
- (14) H. Mannheim and T. Wilkins, op. cit.
- (15) B. Wootton, Crime and the Criminal Law.
- (16) H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility, 1968.
- (17) R. Cross "Paradox in Prison Sentence." 81 Q. L. R., April 1865, p.204 et seq; The English Sentencing System 1971.
- (18) W. Moberly, The Ethics of Punishment, 1968.
- (19) D. A. Thomas, Principles of Sentencing, 1970.

## II ストレートフェイルド・レポートと相場概念

### 1 the tariff system とはなにか ウォーカーはこの the tariff system を定義して「特定の犯罪につき、一

定の公平な刑罰を定める量刑上の指針<sup>(1)</sup>」であるとしている。またクロスは「tariff とは、量刑の変動範囲(枠)であって、価格表(年一、〇〇〇ポンドの窃盗には拘禁刑一)のように固定した拘禁刑の期間を定めるリストではない<sup>(2)</sup>」としている。もちろん、tariff の性格・内容については、後述するように、それぞれの立場によって異なるから、ここで統一的な定義づけをすることは慎むべきであるが、要するにイギリスではこれを「刑量を定めるための、実務上形成された枠<sup>(3)</sup>」と理解する点では一致している。したがって、われわれが用いる量刑相場の観念と the tariff system は異なるところがないから、これを量刑相場と訳出することには、異論はなからうと思う。

この量刑相場が、イギリスで自覚的に意識されるようになった時期は定かでない。しかし the tariff system と

う実務用語が用いられるにいたったのは、ごく最近のことに属する。もちろん、死刑や流刑・無期刑を除いて、刑罰を科す場合には、量的判断が避けられない以上、また、拘禁期間をやたらに細分化することは不可能であり無意味であるから、自然、一定の量刑の枠が形成される。ステイブン<sup>(4)</sup>によると自由刑が死刑や流刑(transportation)にとつて代わる段階ですでに、このような枠が形成されたということである。しかし、量刑の枠の観念が、よりはっきりと自覚されるにいたったのは、時代がくだって二〇世紀冒頭のことである。すなわち、当時(一九〇〇年)の Lord Chief Justice アルヴェストン(Lord Alveston)は、量刑の適正化をはかるため、犯罪種ごとの通常の刑罰(normal punishment)に関する覚書を作成しその中で、枠について次のように述べているのが注目される。<sup>(5)</sup> いわく、一定の限度内での刑罰の変動範囲の枠(range)を示すことは可能であり、たとえば、適当な変動範囲として三〜五年というように指示することはできる。強姦罪の場合、合理的範囲は、五〜七年の懲役刑であるが、上限は、ギャング、父親、雇主などを主体とする場合か、もしくは、残虐な方法を用いた場合などの加重事由があるとき科される量であるのに対し、軽減事由があるときには、下限を限度として刑が軽減される。このようにして、一定の変動する範囲の中に適正な刑罰があるとし、したがって量刑に当っては、この合理的な範囲(reasonable range)を前提とし、この中から適正な量刑の決定をなすべきだとしたのである。

二 ストレイトフェイルド委員会 この量刑相場の観念を正面からとりあげ、一定の方向を示唆することによって、イギリスの量刑および犯人処遇法に、大きな影響をあたえたのは、上院議員ストレイトフェイルド(Lord Streatfeild)を委員長として設立された「刑事裁判所の事務に関する各省間委員会」(Interdepartmental Committee on the

Business of the Criminal Courts) が作成したレポートである。この委員会は「(a) 刑事犯罪につき責任を問われる者に対する公判の開始と (b) 裁判所に対し、犯人に必要な最適の処遇を選択するのに必要となる資料を提供すること」この両者に関するイングランドおよびウェールズにおける整備状況を調査する目的のもとに設立されたものである。

同委員会は、一九六一年に、右の両者に関するレポートを発表した<sup>(6)</sup>。すなわち、その前半は、内務省が発表した一九六〇年の公判待機期間中の拘留に関するレポートを受けて、上級裁判所の改革を提案した<sup>(7)</sup>。これは、本稿の主題と直接関係ないので割愛するが、一方、後半は、犯人に対する処遇に必要な、いわゆる量刑資料の収集方法とその範囲について検討し勧告している点で、その後、きわめて重要なものとなっている<sup>(8)</sup>。そうしてその中で、とくに量刑相場について、次のような論及と勧告が行なわれている。

まず冒頭で量刑を担当する裁判官の目的が論じられている。いわく「量刑は、これまで比較的単純なことからであると解されてきた。量刑の第一の目的は、犯人の責任 (culpability) に相当する刑量を確定することにあつたからである。そうして、このシステムは、漠然と tariff system と呼ばれてきた。犯罪および犯人の経歴に関する諸事実が、裁判所にとって必要な量刑資料の主要部分であつた。そうして量刑資料は、通常、明確に述べることが出来る過去の出来事に関するものであつた。したがって、量刑資料は、たちどころに確定しえたのである<sup>(9)</sup>。つづいて、現在の実務では、個々の犯人の処遇に必要なことがらにウェイトが置かれ、彼の社会的・家庭的背景を、より綿密に検討する傾向にあることを説いて「要するに、量刑は、きわめて錯綜した仕事になりつつある。だが多くのケース、とくに上級裁判所に係属した事件では、犯人の侵したことがらについて処罰すること以外には、いぜんとして量刑資料として考慮されないままになっている。そうして、すべての量刑決定に際しては、犯人の責任 (culpability) が考慮に

入れられている。しかし、一方、かなりの数にのぼるケースでは、いわゆる従来の量刑相場は、もはや、裁判所が参酌するものとしては適当でなくなってきた<sup>(10)</sup>と述べている。

要するに、ここでは、応報観念にもとづく相場の観念が、とくに上級裁判所においてより強く支配していることを認めたい。それが、犯人の処遇を軸とする現在の量刑作業にかならずしも合致するものではないとする。そこで、かかる事態に対処するためには「刑の宣告をなす者は、体系的・包括的な量刑資料を提供するパンフレットを与えられる必要がある。それは、量刑と犯人の処遇方式およびそれに含まれる問題点と、それがなにを達成するように目ざされ、現実にどのようなようになっていくかを、量刑の結果に関する資料をそえて提供される必要がある。このパンフレットは、定期的に、使うことができる最新の資料をそえて補充されるべきである<sup>(11)</sup>」とする勧告を行なったのである。

三 ストレートフェイルド・レポートの問題点 では、上記の勧告は、どのような意義と問題点を提供することになったであろうか。意義としては、次の三点をあげることができようか。その第一は、委員会の調査にもとづき、従来 the tariff system が量刑決定の主要な要因になっていたことを初めて公式に正面から認めたことにある。第二に、かかる相場概念が、現代の量刑個別化的傾向に対応しえないことから、新たな相場概念の確立を促している点があげられよう。そうして第三に、その外部的公表という手段によって、量刑の平等化と合理化を目ざそうとしていることが重要である<sup>(12)</sup>。

以下、右の点について逐一検討することになるが、ここでは、第一の問題をめぐる議論をとりあげてみたい。いっ

たい、レポートのいうように、イギリス刑事裁判において量刑相場の存在を認めることはできるのであろうか。これを断固排除しようとするのは、一九六八年のオットウエル事件判決<sup>(13)</sup>である。これは、刑事裁判法 (the Criminal Justice Act 1967) 第三七条(2)における「過重される拘禁期間」の文言をめぐってなされた上院の判断にかかわる。すなわち同条項は、従来の予防拘禁およびコレクティブ・トレーニングを廃止する代わりに、社会防衛にとって必要と認められる場合、常習犯人に対しては、通常の場合より長期の過重刑 (the extended sentence) が科せられるとした。その場合の「過重される」刑とは、なにを基準として重くなるのかが問われた重要な判決である。

この判旨の中でレイド (Lord Reid) は、「過重される」ことの意義については、三つの可能性、すなわち「第一に、同法三七条(2)が規定されてなかったとして裁判官が科したであろう刑期をこえたもの、第二に三七条(3)の規定によって他の法によって定められた刑期の上限をこえたもの、および、第三に、特定の犯罪類型に対して通常科される刑量をこえたもの」が予定しうるとしたうえで、次のように述べている。

「わたくしは、最後の可能性を選ぶことについては、ちゅうちょなくこれを拒否する。貴下アトニー・ジェネラルはかつて、きわめて暫定的にはあるが、それぞれの犯罪につき犯罪の情状と被告人の性格によって上下する『相場』があると論じられたことがある。しかしながら、個々の犯罪の重さ (gravity) は、きわめて変化に富むものであるから通常の量刑といったものはいないし、また、あつてはならない。同時に、特定の量刑が通常のものをおこしているかどうかを判断するための、裁判官にとっての運用可能な基準も存在しない<sup>(14)</sup>」としている。このように、オットウエル判決は、犯罪の重さの観念には、段階があり、しかも、その段階はきわめて多様であることを理由として、相場の観念を否定した。むしろ、この判決の前提には、相場といった通俗的観念から裁判を行なうことは、インヒュ

イマンであるとする思考があることは、いうまでもない。このように、イギリスの判例の中には下級審判決をも含めて、tariffの言葉を用いて判決したものはないといわれている。

四 The Court of Appeal へ相場 では、いわゆる相場の観念は、全く存在しないのであろうか。もし、オットウエル判決の趣旨どおりであるとすれば、ストレートフェイルド・レポートは、重大な誤まりをおかしたことになる。<sup>(45)</sup>この点について、マッキーナ (Brian McKenna, Judge of the High Court) は、最近、次のように述べて注目されている。いわく「犯人を処罰するための適正な量刑の選択は、裁判官が、かりにそのような刑罰を科そうとしても、それ自体、きわめて特殊な困難にぶつかる。……ただ実際上裁判官は、平等な刑罰という理想を追求することによって、こうした困難を回避することはできる。予防し、処罰するための正しい刑罰について裁判官に確信がない場合、少なくとも彼は、当の犯罪と同種の他の犯罪につき最近科された刑罰を科すことはできる。むろん、この場合、犯人を処罰する義務とか、予測しうる予防効果についての彼自身の見解は、一応別としてのことであるし、また、当該の裁判官が、それを認めたことを前提としての話しであるが。こうして、前の量刑は、彼の量刑基準として採用される。他の裁判官がなしたのと同じ量刑をなそうと試みることによって、彼は、犯罪統計を利用することができる。たとえば、一九六七年に、一四二名の者が強姦罪で刑務所に送られた。そのうち、六月以下が二名、六月と一年以下が八名、一と二年以下が二〇名、二と三年以下が四二名、三と四年以下が二四名、四と五年以下が一四名、五と六年以下が一六名、七と一〇年以下が八名、一〇年以上が八名である。強姦罪の全犯人のうち、およそ半数は、二年から五年の刑を受けており、おそらく、それが一九六七年における通常刑の枠と考えられる<sup>(46)</sup>」としている。

このマッキーナの見解は、相場の観念を正面から論じたとするのは適当でなく、したがって、イギリス刑事裁判において、量刑相場が存在することを提唱する論拠にすることには、おそらく異論があるかと思われるが、現職の裁判官が、このような見解を表明していることは、量刑作業における枠の存在を確認したものと評価することができよう。

一方、相場の観念を認めた判例としてマイラン事件判決が通常引用される。<sup>(17)</sup> それによると「裁判所は、第一に、当の犯罪に関する適正な量刑の限界は、どの辺にあるかを決定しなければならぬ。この限界内で犯人を刑務所内で改善するために刑期を伸ばすことは、全く正当である。……一方、改善の機会をあたえるだけの目的のために、犯罪そのものの適正な範囲をこえて刑期をのばすことが不当なことは明らかである」、(傍点筆者)としている。こうして「量刑不当の控訴を認める場合に、裁判官が『通常刑の枠をこえた』(beyond the normal range) とするのは、控訴裁判所の常識である。そうしてかかる控訴の審理において、控訴側が適正な量刑の範囲はどの程度かということを探問されるのはまれでない」とされ、いわゆる相場の語は用いないとしても、「限度」(limits)、適正もしくは通常の枠 (appropriate or normal range) が、イギリスの刑事裁判実務によって使用されていることは、明らかであるとするのが、アカデミックな見解の一致するところである。<sup>(18)</sup>

トーマスは、次章で検討するように、イギリスにおける Court of Appeal の判例を詳細に分析したうえで、量刑相場の存在を経験的に明らかにしたのであるが、それにもかかわらず、裁判所がこれを正面から認めようとならないのは、そもそも、いかなる理由によるのであろうか。クロスによると、それは、次の三点にもとづく。第一に、イギリス裁判所の量刑を支配する要素は、重さ (gravity) であって、決して相場とか、枠が基準となるものではないと考



るのが一般である、という点にもとめられる。第二に、この重さの観念は、それ自体複合的なものであって「二つのケースが同一ではありえない、という言明は、いぜんとして自明の真実である」こと、そうして第三に、人間的要素を排除した量刑は、耐えがたいと考えられていること、が主たる理由である、とされる。しかし、相場という言葉そのものを使用することに反対する裁判官も、内心、量刑の平等化、統一化を目ざしていることは疑いなく、實際上、自己の科した過去の量刑、および、同種の犯罪に対する他の裁判官の量刑が、常に比較の対象とされており、それに照らして刑量を定めている事実は否定できない、とクロスはいう。<sup>(4)</sup>

では、このような相場は、どのような性格をもち、枠の幅は、どの程度のものであろうか。そうして、それは、量刑作業の中で、いかなる地位と機能が与えられているのであろうか。次章では、この点に関するトーマスとクロスの見解を手がかりとして検討することにした。

- 註(1) N. Walker, *Crime and Punishment in Britain*, 2nd ed., 1970, p. 71.
- (2) R. Cross, *The English Sentencing System*, 1971, p. 130.
- (3) これに対する定義はついでに、本文のよびな趣旨を論証しているのはトーマスである。D. Thomas, *Principles of Sentencing*, 1970, p. 38.
- (4) Stephen, *History of Criminal Law of England*. vol. 2, 1883, pp. 88-93.
- (5) R. Jackson, *Enforcing the Law*, 1967 の中々 Appendix として最近公表されるにふたつた。なお R. Cross, *op. cit.* p. 132.
- (6) Cmnd. 1289, 1961, Report of the Interdepartment Committee on the Business of the Criminal Courts, Cmnd. 1289, 1961.
- (7) Cmnd. 1289, 1961, p. 76-77, para. 257-262.

- (8) H. Williams, "Sentencing in Transition." *Criminology in Transition*, 1964, p. 23.
- (9) Cmnd. 1289, 1961, p. 76, para. 257.
- (10) Cmnd. 1289, 1961, p. 77, para. 258.
- (11) Cmnd. 1289, 1961, p. 123.
- (12) なお、このレポートの定義する相場概念の受けとめ方そのものについて、見解が分かれている点が注目される。すなわち、H・ウィリアムズは、レポートの相場概念は、応報的なものであるとし、レポートの提案は、the tariff system の修正、つまり、犯人の人格、その背景などを含めたところの予防的要素を軸とした相場の確立を要請しているものと述べている。これに対して、クロスは、次のようにいう。
- 「レポートは、現代における刑罰個別化の傾向を強調する。これは、犯人に対する量刑資料をより広範に収集すべきであるとする委員会の勧告にも現われている。しかし相場のはたしてきた大きな役割が、拘禁刑の期間決定において消滅してしまつた、ということについては、示唆するところがない。しかしながら、レポートは、犯人の責任という点に限定した表現を用いたために the tariff system の内容を不当にせまく解する印象を与えることとなつた。相場は、『重さ』(gravity) に基礎を置き、重さは、責任がいのものたとえば、犯罪が惹起した社会に対する危険性や、一般国民に対する警告といったものも含む」と。このように、レポートが、相場の観念そのものをどのようにとらえており、今後、いかなる方向にみちびこうとつてゐるかにつては、なお、疑問が残る。H. Williams, *op. cit.*, p. 24, R. Cross, *op. cit.*, p. 131.
- (13) Director of Public Prosecutions V. Ottewell, [1963] 3 All E. R. 153.
- (14) この判例の解説としては、R. Cross, *op. cit.*, p. 131. を参照。
- (15) クロスは、オットウェル判決自体、量刑相場の観念を否定するものではないとしている *op. cit.*, p. 132. が、これは、いかにも苦しい説明である。問題は、結果的に相場の観念が事実として存在しているかどうかではなく、裁判所が、かかる相場に従っているかどうかにある。その点では、右の判決は、明らかにこれを否定している、と考えられる。
- (16) "The judge and the common man" *Modern Law Review* vol. 32, Nov., 1969, p. 610-611.
- (17) R. V. Moylan [1969] 3 All E. R. 783, cf. R. Cross, *op. cit.*, p. 133.
- (18) R. Cross, *op. cit.*, 133. ほかに相場の観念にふれ、その存在を肯定してゐるものとして、B. Wootton, *Crime and*

- the Criminal Law, 1967, p. 111. なまぬいすななひが これを否定している文献はみあたらない。
- ⑥ R. Cross, op. cit., pp. 133-134. なな The Sentence of the Court, 1969, pp. 39-51.

(556)