

機関番号：12102

研究種目：基盤研究（B）

研究期間：2008 ～ 2010

課題番号：20330013

研究課題名（和文） 日独比較による日本の量刑実務の特性に関する理論研究

研究課題名（英文） Research on the Character of the Japanese Sentencing Praxis in Comparison of Germany and Japan

研究代表者

岡上 雅美（OKAUE MASAMI）

筑波大学・大学院人文社会科学部研究科・准教授

研究者番号：00233304

研究成果の概要（和文）：本研究は、量刑法研究の盛んなドイツ法を参照・紹介しつつ、裁判員制度の下における量刑の在り方を理論的に検討することを目的とする。従来長きに渡り、量刑は、法曹という専門家の中で自明のものとして行われてきたのであるが、法律専門家ではない裁判員に対して、理論的根拠に基づいた量刑の指針を提供することが、実務家および研究者の緊急の課題であった。その作業は、今後も不断に行われてゆかなければならないが、本研究は、その1つの試みであった。

研究成果の概要（英文）：The Aim of this research is to examine theoretically, how the sentencing under the lay judge system in Japan should be, comparing the sentencing in Japan with that in Germany. For a long time only professional jurists, namely judges, prosecutors and lawyers had kept sentencing to themselves, and no citizens had been engaged in sentencing. But the new lay judge system in Japan realized that lay judges also take part in sentencing in criminal cases. It is an important problem of great urgency for jurists and researchers of the criminal law, to clarify the sentencing guidelines and its criterion on the theoretical ground. Our research group, which consists of judges, lawyers, university professors and so on, tries to solve this difficult problem.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	3,600,000	1,080,000	4,680,000
2009年度	7,000,000	2,100,000	9,100,000
2010年度	2,900,000	870,000	3,770,000
年度			
年度			
総計	13,500,000	4,050,000	17,550,000

研究分野：刑事法学

科研費の分科・細目：刑事法学

キーワード：刑事法学、量刑法、ドイツ法、刑事制裁、裁判員制度

1. 研究開始当初の背景

一定の重大事件について、国民が刑事事件の審理に参加する「裁判員制度」は、平成21年5月21日に施行された。裁判員は、有罪・無罪を決定する罪責問題のみならず、量刑にも関与することになる。従来、量刑とは、裁判官および検察官のみが関わる問題であり、これらの実務家は、いわゆる量刑相場に従い、

当該事件の量刑を決定し、その結果得られた刑量は、概ね妥当なものとして理解されてきた。しかし、この量刑相場は不文の基準で、実務家がこれまでの実務的経験から自明に判るものであり、裁判員には理解できない直感的なものである。したがって、裁判員がどのように量刑を行うかが、実務上、重要な問題となり、評議に加わる職業裁判官にとっても、

量刑の際に、裁判員にどのような量刑を行うかを理論的に説示できなければならないこととなった。

ここに、量刑法を理論的に構築する緊急の必要性が、一般にも意識され、量刑法は、おもに、裁判員裁判に関与する刑事裁判官を中心に行われてきた。しかし、この分野における研究者の業績は、いまだ観念的な議論に終始していたものであり、実務での利用可能性にとって十分とはいえず、量刑法は、刑法理論学の視点からなお理論的な検討を加えられることなく、実務先行で構築されてきたといつてよい。とりわけ刑法解釈学で展開されてきた高度な論理性を量刑の分野に応用し、量刑についてのアカウンタビリティを理論的に高めることが、実務家からも求められているところである。

2. 研究の目的

本研究は、古くは、刑事实務家の専権事項であるかのように刑法解釈学の立場から取り扱われることの少なかった量刑論を発展的に理論的に解明することを目的とする。しかも、1. で述べたような社会的背景の下で、本研究は、平成21年5月より実施された裁判員制度の下で、量刑実務にも役立つ量刑論を発展・展開させることをも目的とし、非常に実践的な意味をもつものである。それにあたり、すでに素人裁判官が刑事裁判に、そして量刑にも関与する参審制度の伝統があり、さらに量刑法が一学問分野として高度に発達しているドイツ量刑法を参考にすることを特色とする。したがって、ドイツ刑法の制裁法・量刑法をも研究の対象とし、ドイツ法研究のさらなる発展をも見込んだものである。

3. 研究の方法

本研究は、次のように多角的に量刑法の研究を行った。

(1) 量刑の理論的検討およびわが国の量刑実務の把握

2, 3ヶ月に1度の割合で(期間中、15回)、「刑事制裁・量刑研究会」を関西大学法科大学院・立命館大学法科大学院において開催し、会員の個別報告とその後の質疑応答により、量刑の基礎理論および量刑事実の研究および刑事手続における量刑の諸問題(この点は従来のわが国においてはほとんど取り扱われてこなかった)について検討した。同研究会では、全国の量刑研究者が一堂に会した感があり、わが国において最高レベルの議論を取り扱うことができた。とりわけ、刑事手続においては、日独の裁判制度比較を始め、量刑不当を控訴・上告理由として認め、法律上は幅広く上訴審での量刑審査を認めるわが国と、法律上、量刑不当を一般に上訴理由

として認めず、法律違反があった場合に併せて量刑を再審査するドイツ法との間の実際上の異同を研究した。研究会では、量刑研究者、ドイツ法研究者のほか、弁護士、現役裁判官または元裁判官等の実務家の出席も必ずあり、理論と実務をすり合わせる形で、理論面のほか、実務面にも目を向けることに腐心した。さらに、平成21年5月に施行される裁判員制度に向けた裁判所ないしそれに関与するその他の実務家の対応につき、実務家からも量刑についてさまざまな情報提供を得る。

(2) 日独シンポジウム「量刑法の基本問題」の開催

平成21年度の日独シンポジウム「量刑法の基本問題」の開催にあたり、具体的な準備を行う。ドイツ側の取りまとめ役として、フライブルク大学ヴォルフガング・フリッシュ教授と綿密に打ち合わせを行い、シンポジウムの内容、参加者を具体的に決定した。

共同開催の相手国としてドイツを選んだ理由は、刑法一般についてのドイツ法の影響だけではない。ドイツでは、職業裁判官と素人裁判官が刑事裁判に共に携わる参審制がすでに定着しており、わが国の裁判員制度と同様に、参審員は量刑も行う。このような背景から、量刑の透明性が重視されてきたドイツにおいては、量刑法が高度に発達しており、ハンス＝ユルゲン・ブルンスの功績もあり、量刑判例の分析も蓄積されている。もちろん、ドイツにおいても、量刑が完全に理論化されているわけではなく、判例実務が先行している部分が多いが、理論化されていない部分であっても、日独の実務家同士が同じ基盤の下で量刑を考えていると想定しうるところであり、それをどのように学問的に根拠づけるのかが、まさに学説に委ねられた課題といふことができよう。したがって、日独シンポジウムでは、ドイツと日本との学术交流という意味のみならず、日独共に、実務家と研究者との対話をも、量刑の領域では日本で初めて実現するものである。

(3) ドイツ量刑法の研究

(2)の日独シンポジウムの準備および開催の過程において、上述のドイツ量刑法を研究対象とし、その知見をわが国の刑法理論に継受することとした。とりわけ、ドイツにおいては、わが国ではまだ、研究者による分析検討が行われていない刑事訴訟法における量刑問題もすでに先行業績が存在することに着目することができる。そこで、ドイツ連邦通常裁判所元判事のゲルハルト・シェーフアー『量刑の実務』の重要部分の全訳を開始し、上述の「刑事制裁・量刑研究会」において報告を行い、日本法との異動を検討した。この成果も、逐次、『関大法学論集』誌上にて連載の形で公表されている。

4. 研究成果

(1) 本研究開始当初は、多方面からの情報収集に努めた。そこで、「刑事制裁・量刑研究会（代表・浅田和成教授）」において、会員相互間での情報交換を行ったほか、講演会を頻繁に開催し、裁判員裁判に関わる専門家から知見を得た。1つには、裁判員との量刑評議を行う地方裁判所裁判官から、量刑評議における課題や問題の所在に関する報告を得た。とくに、職業裁判官の下では暗黙の了解事項とされてきた事柄として、裁判員に行う説示の方法有罪か無罪かを決する罪責認定の判断に、有罪であることを前提とする量刑事情の提示が影響しないために、事実上の手続二分論的な運用がなされていること、裁判員の自由な判断と、法的判断であるための裁判官の介入の仕方のあり方等に関する文断点が明らかとなった。第2には、量刑に関する弁護のあり方の問題として、例えば、弁護士会レベルでの量刑ガイドラインの作成がある。従来は、刑事裁判で弁護側が刑量を提示する慣行はなかったが、裁判員裁判での刑量の数値化の困難性から、検察官求刑に裁判員が大きく影響される可能性があることに対する対処として、弁護士求刑が弁護のあり方として考えられるようになってきたことを背景とする。

以上、実務家からの示唆を得て、研究者レベルで、それらの諸問題を整理・分析し、理論的な解決を模索する方向を探っていった。研究会で取り上げたテーマは、以下の通りである。

- ・第1回 打合せ
- ・第2回 小池信太郎会員「量刑における『被害感情』の実体法的・訴訟法的意義」
本庄 武会員「量刑における責任と予防」
- ・第3回 浅田和茂会員「日独シンポジウムについての提案（時期・報告者など）」
岡上雅美会員「罪刑均衡性原則について」
- ・第4回 城下裕二会員「量刑事情としての『犯罪の社会的影響』について」
中村悠人会員「刑罰の正当化根拠に関して」
- ・第5回 中川博之会員「量刑評議の在り方と第一審判決書（裁判員裁判の実施に向けて）」
中桐圭一会員「裁判員制度の下における控訴審の量刑審査の在り方」
- ・第6回 加藤克佳氏（愛知大学）「ドイツの刑事裁判所構成と審級制度」
辻本典央氏（近畿大学）「ドイツの刑事上訴審と量刑審査」
- ・第7回 シンポジウム報告者による報告概要
- ・第8回 小島透会員「量刑の経験的基礎」
原田國男会員「我が国の上訴審における量刑

審査」

・第9回 シンポジウム報告者による報告概要

・第10回 金岡 繁裕 氏（弁護士）「愛知県弁護士会に於ける量刑データベース構築の取り組みと、その活用方法について」

綿村 英一郎 氏（東京大学大学院）「一般市民の量刑判断についての心理学的研究」

・第11回 「量刑に関連する諸事情」から
岡上 雅美会員： I. 概観、II. 個々の要因

中村 悠人会員： III. 二重評価の禁止

・第12回 岡上 雅美会員：

3. 犯行前および犯行後の態度

中村 悠人会員：

C. 正当な責任清算（承前）

金子 博会員（代読：中村会員）：

E. 量刑における責任と予防

F. 平等取り扱いの思想

・第13回 佐伯 昌彦 氏「犯罪被害者による刑事裁判への関与が量刑に及ぼす影響—模擬裁判研究の知見をふまえて—」

金子 博会員

E. 量刑における責任と予防

F. 平等取り扱いの思想

・第14回 杉田宗久判事「量刑事実の証明と量刑審理」

飯島 暢会員 量刑の手順

・第15回 神山 啓史弁護士「裁判員裁判における量刑」

飯島 暢会員 量刑の手順

以上

(2) 日独シンポジウム「量刑法の基本問題」の開催および成果の公表

同シンポジウムは、2009年9月12・13日に立命館大学法科大学院において開催し、裁判官・弁護士・刑事法研究者（大学教授・大学院生）等の専門家約80名以上の出席があり、参加者、ドイツ側報告者8名と日本側報告者8名との間で活発に質疑応答・議論が行われた。

シンポジウムは、4部構成であり、1. 量刑の基礎理論（「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」、「量刑の経験的基礎」）、2. 量刑構造論（「量刑決定の構造」）、3. 量刑事実論：犯罪事実・一般情状（「量刑上重要な犯行事情」、「量刑事実としての犯行前の事情および犯行後の事情」）、4. 刑事手続における量刑（「事実審における量刑決定」、「量刑決定の上告審査」）から成る。そして、それぞれのテーマの担当者を決定し、各報告の準備を行った。

シンポジウムの成果として、その講演録がパンフレットとして作成され、翌2011年には、各講演を論文として加筆訂正した上で、全体および資料が書籍として公刊される。な

お、同じ内容の図書は、ドイツにおいても公刊予定である。シンポジウムの内容は多岐に渡るものであり、簡易な要約には向かないように思われるため、後記5. ①浅田 和成／フリッシュ／岡上 雅美、成文堂、量刑法の基本問題を参照。

(3) 本研究の一環として、現在の裁判員裁判における量刑事実論の特徴を分析した。とくに本研究により、従来の専門家による量刑よりも、裁判員裁判の量刑理由の記載は、非常に明確化され、量刑事実が限定的に列挙されていること、その中でも、量刑上重視すべきでない事情と重きをおかれるべき事情とがはっきりと選別されていること、それには適宜理由が付されていることなどを、裁判員による量刑の新たな特徴として、指摘した。さらに、問題点としては、一般予防目的に対する過度の期待があるのではないか、重罰化傾向と執行猶予（とりわけ保護観察月執行猶予）の増加という、一見、両極端に思われる現象が起きていることなどが挙げられる。ここで、裁判員と共に量刑評議を行う職業裁判官の説示が非常に重要なものとして機能すべきことになるが、その新たな役割とはどういうものか等に関する提言を行った。

他方で、上記のような検討を行うに際しては、やはり、責任論および刑罰論などの基礎理論のいっそうの発展が不可欠であり、研究代表者および各研究分担者は、この点についても研究を進めた。とくに、研究成果の公表に結びついた業績としては、罪刑均衡原理の解明並びに量刑における責任および責任主義の意義に関するものがある。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計20件)

- ①岡上 雅美, 裁判員制度の下における量刑をめぐる諸問題, 査読無, 刑法雑誌, 51巻1号, 2011, 27~46
- ②岡上 雅美, 基調報告 制裁の多様化——実体法(制裁法)の観点を中心に, 査読無, ジュリスト, 1403号, 2010, 116~122
- ③松宮 孝明, 司法制度改革と刑事法——刑事裁判は変わったか, 査読無, 法の科学, 41号, 2010, 56~63
- ④安田 拓人, 犯罪収益の没収・追徴, 査読無, 研修, 742号, 2010, 3~14
- ⑤安田 拓人, コメント「増田啓祐『常習性と量刑』について」, 査読無, 判例タイムズ, 61巻17号, 2010, 56~59
- ⑥岡上 雅美, アメリカ合衆国における終身刑について, 査読無, 刑事法ジャーナル, 14号, 2009, 9~16
- ⑦岡上 雅美, イングランド新量刑ガイドラ

インの下における交通事犯の量刑(2), 査読無, 筑波法政, 46号, 2009, 1~19

⑧岡上 雅美, 量刑の数値化に関する一考察——裁判員制度の下での新たな量刑?, 査読無, 研修, 732号, 2009, 3~14

⑨浅田 和茂, 裁判員制度によって刑法理論はどう変わるのか(座談会), 査読無, 季刊刑事弁護, 56号, 2009, 24~42

⑩小池 信太郎, ドイツにおける「終身自由刑」の動向——連邦憲法裁判所の判例を中心に, 査読無, 刑事法ジャーナル, 14号, 2009, 17~23

⑪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, 査読無, 法学研究, 82巻1号, 2009, 599~664

⑫城下 裕二, 裁判員制度における量刑, 査読無, 法律時報, 81巻1号, 2009, 20~26

⑬本庄 武, 交通事犯の厳罰化(ワークショップ), 査読無, 刑法雑誌, 48巻2号, 2009, 301~304

⑭岡上 雅美, イングランド新量刑ガイドラインの下における交通事犯の量刑(1), 査読無, 筑波法政, 45号, 2008, 93~102

⑮井田 良, 最近の刑事立法をめぐる方法論的諸問題, 査読無, ジュリスト, 1369号, 2008, 54~63

⑯小池 信太郎, コメント 横田信之「被害者と量刑」について, 査読無, 判例タイムズ, 59巻23号, 2008, 60~65

⑰本庄 武, 少年の刑事裁判における処分選択の原理——保護不適概念を前提に, 査読無, 龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報, 5号, 2008, 191~208

⑱本庄 武, 裁判員制度開始を目前に控えた量刑研究の動向, 査読無, 犯罪社会学研究, 33号, 2008, 198~204

⑲松宮 孝明, 今日における犯罪論と刑罰論の関係, 査読無, 立命館法學, 317号, 2008, 481~504

⑳安田 拓人, 責任能力の法的判断——心神喪失者等医療観察法との関連において, 査読無, 法と精神医療, 22号, 2008, 1~13

[学会発表] (計2件)

①岡上 雅美, 裁判員制度の下における量刑をめぐる諸問題——学問としての量刑法の展望と課題——, 日本刑法学会, 2010年7月25日, 同志社大学

②本庄 武/岡上 雅美, 交通事犯の厳罰化, 日本刑法学会, 2008年5月18日, 神戸国際会議場

[図書] (計3件)

①浅田 和成/フリッシュ/岡上 雅美, 成文堂, 量刑法の基本問題, 2011 (印刷中)

- ②浅田 和成／フレッシュ／岡上 雅美，成文堂，量刑法の基本問題〔パンフレット版〕，2010，269頁
- ③岡上 雅美／城下 裕二，成文堂，理論刑法学の探求②，2009，1～54頁

〔その他〕翻訳（計1件）

- ①葛原 力三／岡上 雅美／中村 祐人，量刑の実務(1)，査読無，関西大学法学，60巻6号，2011，1302～1396

6. 研究組織

(1) 研究代表者

岡上 雅美 (OKAUE MASAMI)
筑波大学・大学院人文社会科学研究科・准教授
研究者番号：00233304

(2) 研究分担者

- 浅田 和茂 (ASADA KAZUSHIGE)
立命館大学・大学院法務研究科・教授
研究者番号：70067734
- 井田 良 (IDA MAKOTO)
慶應義塾大学・大学院法務研究科・教授
研究者番号：00159831
- 葛原 力三 (KUZUHARA RIKIZO)
関西大学・法学部・教授
研究者番号：70234440
- 城下 裕二 (SHIROSITA YUJI)
北海道大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：90226332
- 高山 佳奈子 (TAKAYAMA KANAKO)
京都大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：30251432
- 本庄 武 (HONJO TAKESHI)
一橋大学・大学院法学研究科・准教授
研究者番号：60345444
- 松宮 孝明 (MATSUMIYA TAKAAKI)
立命館大学・大学院法務研究科・教授
研究者番号：80199851
- 安田 拓人 (YASUDA TAKUTO)
京都大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：102933333

(3) 連携研究者

- 小池 信太郎 (KOIKE SHINTARO)
慶應義塾大学・大学院法務研究科・専任講師
研究者番号：60383949