

## 量刑における幅の理論と死刑・無期刑

### I. はじめに

量刑の一般理論としては、犯情ないし犯罪行為に対する責任の重さに応じた幅の中で、特別予防的考慮を中心とした一般情状により刑を決すべきだとする「幅の理論」が通説的である。もっとも、この理論が、自由刑の刑期の量定以外の場面でいかに機能するかについて、理解が共有されているとはいえない。

一方で、比較的軽い刑の領域で、刑の執行猶予に幅の理論が妥当するかはあまり検討されてこなかった。筆者は、別稿<sup>1)</sup>でそれを肯定すべきことを主張した。すなわち、執行猶予付自由刑は、一定期間を無事に過ごせば確定的に服役を免れ、判決の宣告及び猶予期間中の負担という軽い実質的制裁で済まされるという面を含め、責任相当で、特別予防的情状からも正当化される限りで用いられるべきであるという私見を展開した。

他方で、重い刑の領域でも、量刑理論からの整理を要する問題がある。第1に、死刑の選択基準(Ⅱ)、第2に、無期刑の本質及びそれを選択すべき刑事責任の内容(Ⅲ)、第3に、無期刑の刑事制裁としての内実を考える上で重要な仮釈放の実質的基準(Ⅳ)である。本稿は、

各場面における有力な見解の批判的検討を通じて、死刑・無期刑という重い刑の領域で幅の理論がいかに機能すべきかを明らかにするものである。

検討に先立ち、筆者の基本的立場<sup>2)</sup>を明らかにしておきたい。幅の理論は、次のような考え方に依拠すると理解している。すなわち、犯罪行為を行った者をその刑事責任の重さに応じて処罰することには、中心的な刑罰目的——刑法上の行為規範の妥当性を維持し、被侵害利益の重要性を公的に確認することを通じた法益保護——を追求するための積極的意義がある<sup>3)</sup>。したがって、刑事責任は、処罰を単に外在的に制約するものではなく、それを第1次的に方向づけ、刑の上限のみならず下限をも画する機能が認められる。特別予防(再犯防止・改善更生)のような副次的な刑罰目的は、刑事責任に応じた制裁の範囲内で追求されなければならない。これは刑罰理論におけるいわゆる相対的応報理論<sup>4)</sup>の1つのバリエーションである。

### Ⅱ. 死刑の選択基準

#### 1. 永山基準と原田元判事の提案

死刑の選択については、いわゆる永山基準が判例として妥当している。それは、「犯行の罪

1) 小池信太郎「量刑理論からみた刑の執行猶予」刑法雑誌52巻2号(2013年)101頁以下。

2) 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)(3・完)」慶應法学9号1頁以下・10号21頁以下(2008年)。批判的検討として、城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』(成文堂、2009年)254頁以下。

3) ただし、刑事責任は、①刑罰目的(法益保護)のた

めの要罰性をそのまま反映するのではなく、②人権保障目的による制約を踏まえたものとして理解される。①を違法評価、②を狭義の責任評価に対応させる私見の批判的検討として、野村健太郎「量刑における責任相当性の意義」早稲田大学大学院法研論集139号(2011年)173頁以下。

4) 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』(法曹会、2012年)143頁参照。