

翻訳 量刑の実務（一） Schafer/Sander/van
Gemmeren

著者	葛原 力三, 岡上 雅美, 中村 悠人
雑誌名	関西大学法学論集
巻	60
号	6
ページ	1302-1396
発行年	2011-03-10
その他のタイトル	Schafer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung 4. Aufl
URL	http://hdl.handle.net/10112/4812

[翻 訳]

量 刑 の 実 務 (一)

Schäfer/Sander/van Gemmeren

葛原力三 (監訳)

目 次

監訳者まえがき

解 題

第3部 量刑上重要な諸事情

A. 概 観

B. 量刑責任

I. 概 観

1. 第46条第1項における基礎公式 (Grundlageformel)
2. 構成要件実現の際の量刑責任の2つの構成要素
3. 犯行の諸結果, 犯行前および犯行後の態度
4. 量刑責任の検討のための構成図式

II. 個々の要因

1. 結果無価値
2. 行為無価値
3. 犯行前および犯行後の態度 (岡上雅美)

III. 二重評価の禁止 (Doppelverwertungsverbot)

1. 構成要件メルクマール
2. 法定刑を決める諸事情
3. 規定の立法理由
4. よくある犯行結果ないし行為態様

C. 正しい責任清算 (Schuldausgleich)

I. 問 題

1. 苦痛の平等 (負担の平等) という考え方
2. 判断図式

II. 個々の要素

1. 刑罰の効果
2. 行為者にとっての犯行結果
3. 手続の作用

D. 予 防

量刑の実務(一)

I. 法律上の規定

1. 第46条, 第47条, 第56条, 第59条
2. 帰 結

II. 学説と判例の態度

1. 一般予防
2. 特別予防

(中村 悠人)

(以上, 本号)

監訳者まえがき

以下では, ドイツ量刑法に関する著書『量刑の実務』 Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., C. H. Beck München, 2008. の中から, 量刑事実論に関する部分を訳出する。これは, 関西大学において定期的に研究会を開催し, 共同で量刑法研究を行っている「刑事制裁・量刑研究会」(代表 浅田和茂立命館大学教授)の活動の一として公表するものである。なお, 本研究は, 日本学術振興会科学研究費補助金(基盤研究(B)「日独比較による量刑実務の特性に関する理論研究」課題番号20330013)による成果の一環である。

翻訳にあたっては, 上記研究会に参加する研究者がこれを分担し, 監訳者がその訳文を校閲するという形を取った。従って, 実質的な翻訳者は, 彼らである(各分担部分の末尾に各訳者名を明記する)が, もちろん本翻訳についての全責任は監訳者である葛原が負うことになる。

(葛原力三)

解 題

本翻訳の原著者 Gerhard Schäfer は, ドイツ連邦通常裁判所元長官(Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof)であり, 本書は初版(1990年)から第3版(2001年)まで, 彼の単独名で公刊されてきた。しかし, 今回の第4版では, すでに第3版に共著者として関与した Sander と van Gemmeren が, 改訂の多くの部分を手掛けたとのことで, Schäfer と並んで3名での共著となっている。Sander も連邦通常裁判所裁判官であり, van Gemmeren は地方裁判所長官である。

本書は, これらの実務家の手によるものであり, 量刑をめぐるドイツの立法状況および判例が丹念に紹介・引用されており(一方, 量刑学説については, 学者による代表的ないくつかの文献の引用が時折引用されている程度であり, 学説状況の分析が中心でな

いことは明白である。)、連邦通常裁判所を中心としたドイツ量刑実務を知る上で、本書は格好の素材であると思われる。

ただし、本翻訳は、同書全体を対象としていない。本書の第1部「現代の刑事政策の基本傾向」、第2部「現行法下の制裁法体系 (Instrumentarium)」は、制度等の大まかな概観であり、本書の特徴的な部分ではないように考えられたために割愛することとし、第3部「量刑上重要な諸事情」から訳出し、いわゆる量刑事実に関する部分のみを訳すことにした。量刑の一般規定をもつドイツと、それをもたない日本との違いはあるものの、量刑事実論は、わが国において今後いっそう発展の見込まれる分野であり、実践的な意義も高い。また、刑事手続において参審制度を採用し、素人裁判官 (Laienrichter) が量刑にも加わる点で、ドイツの量刑法の体系書・教科書は、著名な Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985 もそうであったように、素人裁判官に量刑指針を提示するという重要な役割を演じてきた。このような意味において、現代の代表的な量刑体系書の量刑事実論は、わが国の裁判員制度にもまさに有益な情報を提供するものと考えられる。

なお、翻訳にあたって、以下の点をお断りしておきたい。① 本翻訳の読者層としては、研究者および実務家を想定した。細部に渡る場合があっても、理解のための一助として説明的な訳注を〔 〕書きの形をつけることとした。訳注は、もちろん原著者は一切関与するものではなく、訳者の責任において付したものである。② 条文引用について、とくに断りのない限り、ドイツ刑法典の条文数を指す。他の法律については、連載の各回の初出に法律名の原語を掲げておいた。③ 引用条文のうち、ドイツ刑法典各則の条文については、〔 〕内に罪名ないし内容の説明をも挙げてある。この点は、適宜、法曹会『ドイツ刑法典』(2007年)(なお、その後の法改正については、『筑波法政』において隔号でフォローしている)を参照されたい。しかし、量刑の一般原則である第46条、第46 a 条については、繰り返し引用される条文であり、繁雑さを避けるため、ここ掲げておくことにする(2010年6月18日現在の正文による)。そして、現在の正文では、2009年の第43次刑法典改正法律(Dreiundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches)により新規に加えられた第46 b 条〔重大な犯罪行為の解明と抑止のための援助〕が含まれている。しかし、本翻訳書は、2008年に公刊されたものであることから、ここには掲げない。

量刑の実務(一)

(量刑の一般原則)

第46条 ① 行為者の責任は、刑の量定の基礎である。刑が、社会における行為者の将来の生活に与えると期待し得る効果を考慮するものとする。

② 刑の量定に当たり、裁判所は、行為者にとって有利な事情及び不利な事情を相互に比較衡量する。その際に、特に、次のことを考慮する。

行為者の動機及び目的

行為に表われた心情及び行為の際に向けられた意思

義務違反の程度

行為の遂行態様及び有責な行為結果

行為者の前歴、人的関係及び経済状態、並びに

犯行後の行為者の態度、特に、損害を回復するための努力、及び

被害者との和解を達成するための行為者の努力

③ 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。

(加害者と被害者との和解、損害回復)

第46 a 条 行為者が、

- 1 被害者との和解を達成するために努力すること（加害者と被害者の和解）で、その行為の全部若しくは大部分を回復し若しくは真摯に回復に努めたとき、又は
- 2 損害回復が著しい個人的給付若しくは個人的断念を要する場合には、被害者に全部若しくは大部分を補償したとき

裁判所は、第49条第1項により刑を減輕し、又は、1年以下の自由刑若しくは360日以下の日数罰金が科せられるときは、刑を免除することができる。

(岡上雅美)

第3部 量刑上重要な諸事情

A. 概観

310 法律は、量刑で問題となる諸事情の体系を提供することも、また、そのような諸事情の完全な列挙を含むことさえもない。

有責な犯行に対する刑法的反作用の形態と程度は、さまざまな要因によって決められる。第46条第1項第1文は、まず、行為者の責任が刑の量定の基礎であると定めて

おり、これにより、非常に広い意味での量刑責任 (Rdn. 311 以下) を意味する。この規定の後に、刑のすべての効果を考慮すべきものとされる (第46条第1項第2文。Rdn. 415 以下)。予防的考慮もまた意味をもつ (Rdn. 424 以下)。これらの個々の要因の重さを如何に量るべきかの問題について、法律は何らの指示もしていない (Rdn. 451 以下。量刑上重要な事情の確定については、Rdn. 704 を参照)。

B. 量刑責任

I. 概観

1. 第46条第1項における基礎公式 (Grundlageformel)

311 第46条第1項第1文によれば、行為者の責任が刑の量定の基礎である。この責任は、処罰可能性を根拠づける一般的な犯罪論の「非難可能性」と同一ではない¹⁾。処罰可能性を根拠づける責任の本質²⁾は、行為者が他行為を行うことができたのに、したがって構成要件に該当する不法の実現を回避できたのにしなかったという理由で、構成要件に該当する不法の遂行をおよそ行為者に非難しうるという点にある³⁾。

なるほど、量刑責任は、この責任概念に基づいて構成される。しかし、量刑責任は、とくに、構成要件に該当する不法を実現した場合の非難可能性の程度を把握するものである⁴⁾。それゆえ、以下のように2つの責任概念を記述することができる。すなわち、行為者が刑罰構成要件を (違法かつ有責に) 充足したということが、行為者を処罰可能にする。具体的に如何に行為者を処罰すべきか、あるいは、場合によっては、より緩やかなやり方では如何に行為者の犯行に反作用を加えるべきかは、第1次的に (「基礎である」とは、この意である)、行為者がその犯行を通じて、法秩序をどの程

1) *Tröndle/Fischer* § 46, 5; *Schönke/Schröder/Stree* § 46, 9a; *Bruns* 1985, 145; 詳細は、*Maurach/Zipf* § 30, 2; *SK-Horn* § 46, 42; *Roxin*, Festschrift für Bockelmann, S. 279 und *JuS* 1966, 377.

2) あるいは、*Maurach/Zipf* § 31, 1 によれば、個人的な帰責可能性の側面ともいう。

3) *Maurach/Zipf* § 30, 7 ff. m. N. のみを参照。結論同旨、*Jakobs*, 17. Abschn Rdn. 23 ff. しかし、ヤコブスは、意思自由の問題を未決定にしている。

4) 同旨、*Maurach/Zipf* § 30, 2; *Schönke/Schröder/Stree* § 46, 8; *Lackner/Kühl* § 46, 23. 「その重さにより段階づけられる有責な不法」; *Gössel*, Festschrift für Tröndle, S. 362; *Bruns* 1985, S. 145, 146. 「有責な不法とは、社会的な答責 (soziale Verantwortung) の意味における責任である。」

度乱したか (stören) に方向づけられる⁵⁾。

法秩序をどの程度乱したかは、構成要件該当不法に対応する。これは、結果無価値と行為無価値によって特徴づけられるが、これらにおいて、結果無価値は、テクニカルな意味での結果犯の場合だけでなく、例えば、住居侵入罪(第123条)のような純挙動犯の場合にも重要である⁶⁾。行為無価値と結果無価値が、さまざまな強度とさまざまな非難可能性からなるということは、量刑責任にとって意味がある。

例：過失傷害罪(第229条)を理由とする処罰の可否を根拠づけるためには、車両運転者が非難可能な形で禁令に反して高速度で運転し、これにより他の者に傷害を負わせたということと十分である。これに結びつく量刑にとってまず決定的なのは、非難可能な禁令違反の程度(速度超過がどの程度大きかったか)および、惹起された損害の非難可能な程度(損害がどのくらい大きかったか)である。

2. 構成要件実現の際の量刑責任の2つの構成要素

312 結果無価値と行為無価値という量刑責任のこれら2つの構成要素は、構成要件論⁷⁾から発展したものであり、連邦通常裁判所判例で⁸⁾、犯行の重さ、侵害した法秩序に対する犯行の意味および量刑の基礎としての行為者の人的責任の程度を語る時、

5) *Frisch ZStW* 99 (1987), 349 (388) は、これを以下のように定義する。「量刑法の意味における責任とは……行為に相応し、徐々に段階を付けうる(これにあたる制裁構成要件において前提とされる行為規範の不可侵性に対する期待の動揺という意味における)法的平和の乱れである。これは、法秩序に内在する基準に従い、行為者に負担を負わせるものであり、そこから、法的平和の乱れを除去するために、適法に行為者を引き合いに出すところができる。」*Jakobs* (17. Abschn. Rdn. 30) は、適切にも次のことを指摘する。量刑における責任概念は、無目的だと理解することはできず、とくに刑罰制度は、無目的だと理解される責任ではなく、予防の必要性により限界づけられた責任を反映するものである、と。このような考察をもつてのみ、なぜ、例えば過失犯の領域で、行為無価値が等しいにもかかわらず(例えば、ある車両運転者の義務違反が同程度であり、この義務違反の帰結として、考えうるすべての事故結果の予見可能性が同じであるにもかかわらず)、法律が、結果に応じて法効果を区別し、したがって、過失傷害の場合に、過失致死の場合よりも軽い刑罰を定めているのかを説明することができる。

6) *Roxin AT* § 10, 88.

7) *Roxin AT* § 10, 88 ff.

8) さしあたり、*BGHSt* 20, 264 (266); *BGH NJW* 1965, 2016; *NStZ* 1987, 405; *StV* 1983, 102; 1986, 15 を参照。

連邦通常裁判所の判例もまた、これらの構成要素を基礎においている⁹⁾。結果構成要素は、有責な不法（「結果無価値」）の程度を包摂し¹⁰⁾、行為（Handlung）構成要素は、行為者の行為（Handeln）の非難可能性（「行為無価値」）の程度を包摂する¹¹⁾。

双方の構成要素は、もちろん独立したものとは考えることはできない。とくに、結果構成要素よりも行為構成要素を優位に評価することも、その逆もまた許されない。

量刑責任の2つの構成要素をこのように理解するのが正しいということは、有責な不法（「結果無価値」）の程度および行為者の行為の非難可能性（「行為無価値」）の程度に従って段階づけられる刑法典各則の刑罰枠をもって実証することができる¹²⁾。法律上の構想によれば、例えば、一方では、行為無価値が同程度であるにもかかわらず、結果無価値がより大きい限りで、刑罰は重くならなければならない。それ故に例えば、たとえ第229条における過失傷害罪の事案と第222条における過失致死罪の事案が同程度の行為無価値（例えば、同程度の義務違反）を基礎にするとしても、法律は、過失傷害罪よりも過失致死罪に重い刑を定める。他方では、結果無価値が同程度でも、行為無価値が異なる重さで評価されるときに、同じことが妥当する。それ故に例えば、過失致死罪は、故意の殺人罪よりもずっと軽い刑が科される（第222条、第212条、第211条を参照）。

量刑責任のこれらの二重の側面は、すでに立法者による刑罰枠選択に表現されているものであるが、各量刑過程においても重要な観点である。例えば、行為無価値が同程度の場合（例えば、自動車運転者の義務違反的態度が同程度の場合）の過失傷害罪において、より少ない結果無価値（軽い傷害）を生じさせた犯行は、より大きい結果無価値（重傷者が多数）を生じさせた犯行よりも軽く評価される。

313 結果無価値と行為無価値の双方が、ある特定の構成要件において考えられる事態の上方領域にある場合に、具体的な刑罰は、立法者が定めた刑罰枠の上方領域に位置づけられるべきであろう。同じことが、結果無価値と行為無価値が下方領域にある場合に妥当する。その場合、刑は下方領域に、場合によっては法定刑の下限近くになりうるだろう。しかし、これら2つの構成要素はつねに考慮されなければならない。結果無価値が小さい場合に、行為無価値が大きいだけでは、刑罰枠の上方領域の刑には

9) これについては、*Frisch* FS für Plotz (1993), S. 1 (5, 36) をも参照。

10) 確立したBGH判例である。例えば、NSStZ 1986, 162.

11) BGH NSStZ 1986, 162 を参照。

12) *Maurach/Gössel/Zipf* § 63, 20 をも参照。

量刑の実務(一)

なお至らないし、逆もまたそうである。これもまた、量刑のための指針およびその限りで価値基準である法律上の刑罰枠を形成する際に、すでに法律に表れている。例えば、窃盗が価値の低いものにしか関係していないという理由で(第243条第2項)¹³⁾、犯行の結果無価値が軽微である場合は、(例えば、第243条第1項第2文第1号から第6号の法定加減事例(Regelbeispiel)の1つが実現したことにより)行為無価値が高められたにもかかわらず、犯情がとくに重い場合の加重的刑罰枠は用いられないのが一般である。

累犯や犯行の遂行態様を理由に行為不法が高められた場合で、結果不法が最低限であるときに(給付横領や万引きの事案で多くは損害が数ユーロでしかない)、法律上の刑の下限を超えた反作用が、もはや責任相当だとは考えられないときに問題が生じうる。そのような事案は、個別事例の諸事情に応じて解決されなければならない。これについての確定的な法原則は存在せず、再犯事件(Wiederholungsfall)でも刑の下限を科すことがあらかじめ許されないというわけではない¹⁴⁾。

3. 犯行の諸結果、犯行前および犯行後の態度

314 結果無価値および行為無価値の検討は、つねに具体的な構成要件実現に関連しなければならない。それ故に、行為責任とも言われる。

その限りで争いがあるのは、法定構成要件に明らかに包摂されない犯行結果(例えば、詐欺の被害者が支払不能状態となり、あるいは破産した；強姦の被害女性の精神的被害や自殺)が、どの程度、結果無価値の側面の下で帰属可能か、および、法定構成要件に明らかに包摂されない犯行前および犯行後の行為態様(例えば、他に処罰されたことがない、犯行の前または後に別の犯行を行った；損害回復、加害者と被害者との和解、これらについては Rdn. 388)が、責任の観点の下における量刑にとって、行為無価値の側面の下でどの程度意味を持ちうるかである。

連邦通常裁判所の判例および学説上の多数説によれば、これらの事情は、量刑の際に責任の観点の下で適宜考慮するものとされる。以下では、犯行の諸結果は、結果無価値の枠内で(Rdn. 316 以下)、犯行前後の態度は、行為無価値の枠内で(Rdn. 328 以下)取り扱われる。

13) これについては、Rdn. 906 を参照。

14) BGH Beschluss vom 15. November 2007—4 StR 400/07— auf Vorlage des OLG Naumburg.

4. 量刑責任の検討のための構成図式

315 次章Ⅱの記述は、具体的事例における量刑責任を検討するのに基礎におくことのできる次の構成図式に従う。

1. 結果無価値
 - 1.1. 構成要件該当結果
 - 1.1.1. 形態と程度
 - 1.1.2. 修正
 - 1.1.2.1. 他の者による共同惹起
 - 1.1.2.2. 損害回復
 - 1.2 構成要件外の犯行結果
 - 1.2.1. 規範に包摂されたもの（「有責な」犯行結果）
 - 1.2.2. 規範に包摂されないもの
2. 行為無価値
 - 2.1. 構成要件該当行為
 - 2.2.1. 主観面（「心理的要素」）
 - 2.2.1.1. 減少した責任
 - 2.2.1.2. 動機と目的
 - 2.2.1.3. 行為に現れた心情
 - 2.2.1.4. 向けられた意思
 - 2.2.2. 客観面
 - 2.1.2.1. 義務違反の程度
 - 2.1.2.2. 犯行の遂行態様
 - 2.2. 構成要件に該当しない犯行前および犯行後の態度
 - 2.2.1. 犯行前の態度
 - 2.2.1.1. 刑罰のない、社会に役立つ行状
 - 2.2.1.2. 過去の犯行——当該犯行？
 - 2.2.1.3. 警告効果——前科、過去の手続
 - 2.2.2. 犯行後の態度
 - 2.2.2.1. 社会的安定
 - 2.2.2.2. 訴訟中の態度
 - 2.2.2.2.1. 悔悟、承認、自白

量刑の実務(一)

- 2.2.2.2.2. 真実解明への援助
- 2.2.2.2.3. 法敵対的な否認, 犯行を認めないこと
- 2.2.2.3. 被害者との和解をめぐる努力
- 2.2.2.4. 損害の拡大
- 2.2.2.5. 新たな犯罪行為

II. 個々の要因

1. 結果無価値

316 2つの側面が, 結果無価値を特徴づける。すなわち, 法定構成要件により要件とされる結果の程度 (Rdn. 317 以下) および構成要件外の結果の程度 (Rdn. 321 以下) である。このことは, 第46条第2項における幅広い表現「有責な犯行結果」から明らかとなるとされる¹⁵⁾。もちろん, 個々の点には争いがある。

a) 構成要件に該当する法益侵害

317 aa) 量的・質的な程度づけ 構成要件該当結果を量的・質的に程度づけることで, 第1に, 特定の犯罪遂行の結果無価値の特徴が明らかとなる。例えば, 一方では, 傷害罪または財産犯において, 犯行による被害者の数であり, 他方では, 傷害罪における傷害の形態および程度, 財産犯における損害の形態と程度, 取引された麻薬の量とその危険性である。それらの場合には, 構成要件が前提とする結果無価値が問題となるのだから, これらの結果は, その都度の構成要件が要求する責任形式〔故意・過失〕により包摂されていなければならない。構成要件に該当する法益侵害の形態と程度は, 通常, 各量刑の中心点とならなければならないであろうし, それ故, とくに注意深い検討を必要とする。

例えば, 行為が未遂にとどまる場合は, 端的に結果が発生しなかったのであり, それ故, 結果無価値が欠落するということから, 量刑責任は減少する。このような場合は, 必然というわけではないが通常は, 第23条〔未遂〕, 第49条〔法律上の特別な軽減事由〕(Rdn. 542 以下) による刑罰枠の引き下げに至る。行為無価値の評価にあたっては, 行為者が目指した結果の表象が考慮される。

318 そのほか, もっとも重要な基準は, 次の通りである。

- 生命に対する犯罪行為の場合には, 被害者の数だけが意味を持ちうる。なぜなら, 人間の生命は等しく評価され, それ故, 生命の刑法的保護は, 価値の程度づけを許

15) *Maurach/Gössel/Zipf* § 63, 24.

さないからである¹⁶⁾。この理由から、被害者の年齢（「人生がこれからである無辜の子供」）やその他の性質（「価値のある人」）を行為者に加重的に非難することはできない。もちろん、第三者に対する犯行結果（母親を殺害した場合における子供への結果）には異なることが妥当し、これらは加重的に作用することがある。

- 傷害に関連する諸犯罪においては、傷害の形態および程度、並びに、被害者の数
- 性的強要罪（強姦罪）においては、暴行または脅迫の程度、および、被害者の性的自己決定権の侵害の程度
- 窃盗罪および横領罪、強盗並びに恐喝の場合には、獲得された物の種類および価値、ないし、恐喝の場合には、不利益の種類および価値。強盗および恐喝の場合にはさらに、暴行または脅迫の程度
- 詐欺罪および背任罪の場合には、損害もしくは不利益の種類および程度。その際、詐欺の場合には、構成要件に該当する損害がどこに存するかを注意深く検討すべきであり、すでに構成要件に該当する危殆化侵害と、もはや構成要件該当性はないが、それにもかかわらず有責な犯行結果として考慮されるべき（Rdn. 321 ff.）、後の侵害の実現とが区別されなければならない。
- 表現犯の場合は、陳述の虚偽性が、手続に対してどのような重みを持ったか。すなわち、陳述が訴訟に決定的であったか否か。
- 麻薬法 [Betäubungsmittelgesetz. Betäubungsmittel には、麻酔剤も含む。ただし、訳語としては、規制対象の多くがいわゆる麻薬であることに鑑み、このようにした。] に定める犯罪の場合、薬物の量と危険性。それ故、それらは原則として化学的に探究されなければならない。犯行が、覆面捜査官の監視下で引き起こされ、それ故に、薬物が直ちに押収されたときには、その危険性は実現し得なかった。これは、結果無価値を減少させる¹⁷⁾。同様のことが妥当するのは、行為者が自己使用のためにだけ輸入、取引その他を行い、したがって第三者に対する直接的な危険が存在しない場合である¹⁸⁾。

16) BGH NStZ 1996, 129 m. N.

17) 確立した BGH 判例。さしあたり、NStZ 1986, 162 を参照。その他、行為者は、適切な時期に彼に対して捜査機関がその犯行を阻止する措置を執らなかつたという抗弁ができないことについては、BGH NStZ 2007, 635 を参照。

18) 確立した BGH 判例。例えば、Beschluss vom 6. August 1985—4 StR 420/85 を参照。

一 脱税の場合は、ごまかされた税金の重さ、および、結果として長期の脱税だったのか、それとも一時的な脱税にすぎなかったのかという事情である。短期間の脱税の場合(例えば、不法に定時期よりも早期に効力を発せられた事前納付税の場合や、利益が同じ場合に他の営業年度へ利潤を延長した場合)には、損害は単に国庫の利息喪失にあるにすぎない。事業が総じて納税されなかったとき、売上税の脱税の場合には、効力をもたせられなかった事前納付税は、量刑に際して考慮されなければならない¹⁹⁾。

319 bb) 共同惹起——損害の除去 第三者とくに被害者が犯罪を共に引き起こしたことは、行為者に帰属させられるべき犯行結果の重さを減少させ、したがって、刑罰軽減的に作用する²⁰⁾。これは、とくに交通犯罪の場合に見られるが、表現犯の場合における教示の誤りおよび防禦の瑕疵²¹⁾について、並びに、犯行を挑発したおとりの行動²²⁾についても妥当する。

被害者の不注意でいい加減な態度によって犯行が容易にされた場合は、結果無価値が減少するほか、行為無価値の減少も考えられるが、それは、その場合には通常、行為に際して向けられた意思が小さいからである²³⁾。例えば、被欺罔者がとくにあっけなく信じ込んだことである。

320 (例えば、損害回復により、しかしまた、行為者に対する強制執行または入手された物の返還により)構成要件該当結果(損害)が事後的に除去され、または減少させられた場合には、この事情は、場合によっては決定的に結果無価値を減少させる²⁴⁾。したがって、そのような事案で、損害の清算が行為者の功績でないということを理由にして、刑の軽減を否定するとすれば、それは誤りであろう。たとえうまくいかなかったとしても、被害者の救助に向けた行為者の努力、損害回復および加害者と被害者との和解は、犯行後の態度の側面の下でさらに別の評価を受けるに値する(Rdn. 387 以下)。

19) 確立した BGH 判例。Holtz MDR 1985, 981; GA 1978, 278; StV 1984, 152; BGH Beschluss vom 8. Januar 2008—5 StR 582/07; さらなる個別の判例は、Blumers wistra 1987, 1.

20) Maurach/Gössel/Zipf § 63, 33; Bruns StrZ 430.

21) Hohmann/Sander, BT-2, 1. Auflage 2000, § 21 Rdn. 27 を参照。

22) BGHSt 45, 321. また BGH NStZ 2008, 39; BGH StraFo 2000, 240 をも参照。

23) BGH wistra 1983, 145.

24) BGH bei Theune NStZ 1986, 158 Fn. 81; BGH StV 2005, 426.

b) 構成要件外の結果

321 困難を生じさせるのは、次のような犯行結果を如何に取り扱うかである。すなわち、確かに客観的には法律上の構成要件メルクマールを充足しているが、各構成要件の責任形式〔故意・過失〕によっては包摂されない犯行結果、または、法定構成要件とは直接に関係せず、場合によっては犯行終了後に初めて生じた犯行結果を如何に取り扱うかである。

例：A は、期限までの支払いが不可能な自らの経済状態について B を欺罔し、B に対していわゆる納入業者詐欺を行った。A は予想していなかったが、B は破産した。B は、その売上金が完全に回収不能となり、それ故、破産を申請しなければならなかった。B はピストル自殺した。彼の妻は、そのために流産してしまった。詐欺において、構成要件的结果は、危殆化損害のみであり、その程度は A に対する債権による危殆化損害に応じて決せられる。(後の) 売上金すべての完全な回収不能は、なるほど客観的には構成要件に該当するが、故意により包摂されていない。B の破産と B およびその妻にとっての悲劇的な結果は、同じく犯行の結果である。これらの事案において量刑に関連するかには、争いがある。

322 法律は、第46条第2項において「有責な犯行結果」が量刑で問題となるという限りでのみ、この問題を明らかにし、それにより、有責に惹起されたわけではない犯行結果も刑罰加重的に考慮しようとした過去の判例²⁵⁾には従っていない。

323 学説において争われているのは、故意犯の場合に、故意によって包摂された犯行結果のみが考慮するという帰結と共に、第15条〔故意犯処罰の原則〕および第16条〔事実の錯誤〕が適用しうるか²⁶⁾、確かに過失で足りるが、その限りで第18条〔刑罰加重的な特別な犯行結果については過失で足りる〕の法的思考が適用可能であり、それ故に、典型的にその犯罪に考えうる危険を実現させた結果、または、侵害された規範の保護領域に含まれる結果²⁷⁾のみを考慮するのか (Rdn. 321 の例では、売上金の回収不能について、おそらくは破産については肯定。自殺および流産については否定)、それとも、まったく一般的に過失で足りるのか²⁸⁾である

25) BGHSt 10, 259.

26) 例えば, *Schönke/Schröder/Stree* § 46, 26. 同書は、犯情がとくに重い事案についての原則例は故意により充足されなければならないと指摘する。

27) *SK-Horn* § 46, 109; *Beulke* NStZ 1991, 395; *Berz* NStZ 1986, 86; *Frisch* GA 1972, 321 (333); *ZStW* 99 (1987), 751 (753) およびそこで挙げられた文献。

28) *Lackner/Kühl* § 46, 34; *Tröndle/Firscher* § 46, 34; *Maurach/Gössel/Zipf* § 63, ↗

324 連邦通常裁判所は、故意犯の場合に、いずれにせよ犯行結果に関して故意は必要でなく、その限りでむしろ過失で足りるということを繰り返し明示してきた²⁹⁾。その場合、行為者が、認識可能な犯行結果をすべて詳細に渡り予見しえたということは、決して必要ないという³⁰⁾。連邦通常裁判所は、初期の諸判決において、侵害された規範の保護目的に含まれる犯行結果への限定を行わなかったが³¹⁾、構成要件に類型的でない結果が問題となる場合には、予見可能性を詳細に検討するように求めた³²⁾。連邦通常裁判所第4刑事部は、ある決定³³⁾において、Horn³⁴⁾ および Frisch³⁵⁾ を援用して——もっとも原判決を支持せずに——、「犯行の全体像を描き出すのに、そして責任の重さの評価に影響するのに適しており」、その違反が行為者に非難される「刑法規範の保護領域に含まれる」犯行結果のみが、量刑に関係するという見解を主張した。しかしながら、第3刑事部は、これに対して疑念を述べ、〔量刑関連性の有無についての〕区別基準を犯行結果の予見可能性で十分だと考えていることを強調した³⁶⁾。第1刑事部もまた、犯行結果の予見可能性という基準に依拠する³⁷⁾。

325 aa) 規範の保護領域に包摂される犯行結果 どの犯行結果がこれに属するかは、一般的に定めることはできず、行為者が実現したその都度の刑罰法規を手掛かりに、個々の事案で検討されなければならない。しかし、主たる犯罪類型については、多くを語ることができる。

— 殺人および傷害の罪の場合には、被害者の周囲の人々への影響（子が母または父を亡くした。被害者が一人っ子だった）が考慮される³⁸⁾。しかし、生命の保護の場合に、被害者の特別な性質が量刑上重要となりうるという点で価値の程度づけを

↘37 f. 有責性概念について掘り下げたものとして、LK-Theune § 46, 157 ff.

29) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatauswirkungen 1 bis 3.

30) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatauswirkungen 3.

31) BGH NStZ 1983, 20; 犯罪的ジャーナリズムにおける窃盗の結果としての被害者の精神的傷害。

32) BGH NStZ 1986, 85. Berz NStZ 1986, 87 の評釈がある。

33) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatauswirkungen 6.

34) SK StGB § 46, 109.

35) ZStW 99 (1987), 751 (754).

36) BGH NStZ 2002, 645.

37) BGH NStZ-RR 2006, 372.

38) BGH NStZ 1993, 385; LK-Theune § 46, 149.

行うことはできない³⁹⁾ (Rdn. 318 を参照)。

- 性犯罪の場合は、以下のように分けて考えることができる。子供の性的虐待罪 (第176条以下) の場合に、法益は、子供の順調な発育であり、犯行が引き起こした精神的被害 (seelische Schaden) が、規範の保護領域に包摂されるのは自明である。同様のことは、性的強要罪 (強姦罪) にも妥当する。ここでの保護法益は、性的自己決定権であるが、その侵害は、通常は精神的傷害 (seelische Störung) に至る。したがって、性犯罪の場合に通常生じる被害を超える特別の精神的被害⁴⁰⁾、おそらくは自殺⁴¹⁾ またはその後の性関係の失敗⁴²⁾ のような精神的被害というさらなる結果もまた、ここでは、性病または HIV ウィルスの感染と同じく、考慮しうる犯行結果である。たとえ行為者が自白を行わなかった (Rdn. 381 を参照) ために事情聴取が必要となり、そこから被害者の心理的負担が生じた場合でも、それは行為者に帰属することができる⁴³⁾。
- 侵入窃盗 (第242条, 第243条第1項第2文第1号), とくに住居侵入窃盗 (第244条第1項第3号) の場合は、確かに住居侵入罪の構成要件が排除されるが⁴⁴⁾、その保護法益である住居権にはなお意味があり、それゆえ侵入の後によく起こりがちな精神的被害は、保護領域が侵害された後の量刑上重要な犯行結果である。会社の車が利用された場合に、それにより収入が入らずまたは注文を逃したことは、行為者に負担させることができる⁴⁵⁾。

39) BGHR StGB 46 Abs. 2 Tatauswirkungen 8; BGH NStZ 1996, 129; BGH Urteil vom 15. Februar 1984—2 StR 347/83; 連邦通常裁判所1997年1月7日の決定 (BGH Beschluss vom 7. Januar 1997—4 StR 605/96—) は、NStZ 1997, 296 に記載されていない。

40) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatauswirkungen 3 und 7.

41) BGH StV 1987, 100.

42) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatauswirkungen 2. そこでは、被告人がそのような結果 (自殺未遂および結婚がうまくいかなかったこと) を予見し得たのか否かは、判決理由からは読み取れない。しかし、強姦 (未遂) のそのような結果は、つねに予見可能である。BGH bei Pfister NStZ-RR 2000, 357 を参照。

43) BGHHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 15; 連邦通常裁判所1994年10月4日の判決 (BGH Urteil vom 4. Oktober 1994—5 StR 352/94) においては、未解決にされている。

44) Tröndle/Fischer § 243, 30 m. N.

45) BGH wistra 2005, 457.

量刑の実務(一)

- 詐欺の場合には、損害にあたる危殆化だけで構成要件を充足するが、損害の実現および損害発生を経済的結果（侵害された事業の破綻）は、犯行結果である。
- 表現犯の場合に、規範の保護領域によって包摂される結果に属するのは、誤判であるが、これは通常、故意をもって惹起されなければならない。
- 危険犯（例えば、過失による道路交通の危殆化罪。第315c条第1項および第3項第2号）の場合には、損害の発生により危険が実現したことが、重要な犯行結果である。
- 麻薬販売または麻薬取引の場合には、自己答責性の原則により、第211条以下に定める犯罪行為〔謀殺罪・故殺罪等〕を理由とする処罰は排除される。しかし、麻薬法に定める犯罪を理由とする有罪判決に際しては、過失により惹起されたこれらの結果を刑罰加重的に考慮することを妨げない。なぜならば、麻薬法の目的は、公衆の保護だからである⁴⁶⁾。したがって、過失により多数人を危険にさらしただけで（麻薬法第29条第3項第2文は、故意を要件とする）、または過失で人の死を惹起しただけで（麻薬法第30条第1項第3号は、軽率（Leichtfertigkeit）を要件とする）、これらは犯行結果として刑罰加重的に評価されうる⁴⁷⁾。

これらの結果に関して、行為者に過失の非難のみが向けられる限り、これらは、故意に惹起された結果や——例えば、詐欺の場合に——故意に惹起された構成要件に該当する損害ほどの重要性をもたない⁴⁸⁾

326 bb) 規範の保護領域に包摂されない犯行結果 連邦通常裁判所第4刑事部判決（Rdn. 324）によれば、規範の保護領域により包摂されない犯行結果は考慮されてはならないが、学説でも一部の見解により、それが量刑上重要かは激しく争われている⁴⁹⁾。上に挙げた判決の原審の手續で、被告人である難民申請者が、その犯罪行為（ここでは集団窃盗）によって、国民の大部分が一般に難民申請者の集団に対して悪いイメージをもつようになったであろうことに寄与したことを、地方裁判所は刑罰加重的に評価した。第4刑事部はこれに異議を差し挟んだが、それは、このような悪い

46) BGHSt, 37, 179=NSStZ 1991, 392. *Beulke/Schröder* の評釈がある。これについては、*Nestler-Tremel StV* 1992, 273 をも参照。本判決において、連邦通常裁判所第4刑事部は、侵害された規範の保護領域に初めて明示的に依拠した。

47) BGH NSStZ 1992, 488=StV 1993, 128. *Hoyer* の評釈がある。

48) BGHHR StGB § 263 Abs. 1 Stoffgleichheit 3.

49) SK-Horn § 46, 109; *Beulke* NSStZ 1991, 395; *Berz* NSStZ 1986, 86; *Frisch* GA 1972, 321 (333); ZStW 99 (1987), 751 (753) およびそこで掲げられた文献。

イメージという結果は、犯行の重さにも関連しないし、財産犯の保護領域によって包摂されないという理由による。しかし、これはおそらく限界事例である。以下の衝突状況でも同様である。

上述の事例 (Rdn. 321) において、B の破産は別として、B の自殺と彼の妻の流産は、考慮しうる犯行結果ではないであろう。なぜならば、詐欺の被害者における精神的結果は、性的強要 (強姦) の場合におけるそれとは異なって、もはや規範の保護領域に包摂されないからである。無辜の者が犯罪の嫌疑を受け、それ故に不利益を甘受せざるを得なかったという事実⁵⁰⁾ は、過失の虚偽告発罪 (第164条) とは異なり、強盗の刑で罰せられる恐喝罪を理由とする手続では量刑に関係しない。

c) 複数の共犯者

327 共犯が複数いる場合には、構成要件的结果がそれらの者にどの範囲で帰属させられるかを正確に検討しなければならない (行為無価値については、Rdn. 342, 354 ; 全体として Rdn. 479 以下)。

例：企業支配人が、企業オーナーとの合意により、流動資産の不足という事情を知らずながら、商品を注文した場合、納入業者は企業に対して完全にはないが価値のある購入額債権を獲得することから、その支配人は、いわゆる納入詐欺で処罰されうる。購入額債権の価値保有は完全ではないが、支配人に帰属させうる損害は、損害にあたる危殆化にあり、その程度は、客観的には流動資産の範囲により、主観的にはそれについての彼の認識に依存する。犯行関与者が複数の場合に、構成要件該当性が完全なとき、流動資産の範囲についての認識がさまざまであるから、そのことが、異なって評価されるべき結果に至るということは明らかである。

2. 行為無価値

328 行為構成要素⁵¹⁾、すなわち行為者の態度の非難可能性の程度 (「行為無価値」) においても、疑わしい問題が現れる。この非難可能性は、2つの別の章で検討することとし、行為構成要件の実現の際の態度を、犯行前の態度 (Rdn. 357 以下) および犯

50) BGH NStZ 1986, 85 を参照。Berz NStZ 1986, 87 の否定的な評釈がある。

51) Maurach/Gössel/Zipf § 63, 22. 連邦通常裁判所は、行為者の人的責任の程度だということ。例えば、BGHSt 20, 264 (266); 24, 133; NJW 1965, 2016; StV 1983, 102; NStZ 1985, 545.

量刑の実務(一)

行後の態度 (Rdn. 375 以下) から区別するのがよいだろう。

329 法律は、第46条第2項において、行為者の動機および目的、行為に現れた心情、行為の際に向けられた意思、義務違反の程度並びに犯行の遂行態様を掲げる。

a) 行為者における心理的要因

330 aa) 弁識能力または制御能力の低下 弁識能力または制御能力⁵²⁾ が欠けている場合には、行為者は責任なく行為を行ったものであり (第20条)、行為者に刑罰は科せられない。いずれにせよ、制御能力が著しく低下していた場合 (第21条) は、相当程度責任が軽くなり、それにより第49条により行うことのできる刑罰枠の引下げ (Rdn. 536 以下) のためにより軽い刑罰に至るのが通常である。しかし、弁識能力または制御能力の低下が著しいわけではなく、それ故に、刑罰枠の引下げにまでは至らない場合でも、責任は減少している。この事情は、具体的な量刑において、同じく刑罰軽減的に作用する⁵³⁾。

331 行われた犯行に鑑みて、行為者が例外的状況を惹起したことを彼に非難しうるときは、もちろん、責任減少とそれと共に刑の軽減も否定すべきであり、あるいは少なくとも否定することができる。このことがあてはまるのは、とくに、アルコールによる責任減少の場合、すなわち、行為者がこの状況でそのような行為を行う傾向があることを知りながらまたは知ることができたにもかかわらず、アルコールを摂取し、それをその者に非難しうるときである (詳細については、Rdn. 538 以下を参照)⁵⁴⁾。このことは、また第315c条第1項第1a号 [道路交通の危殆化罪] および第316条 [交通における酩酊罪] に定める犯罪行為の場合、すなわち、アルコールによる運転不能の場合にもあてはまる。ここでは、行為者がアルコールを摂取したときに、少なくとも、なお車を運転するだろうと考えたか否か、したがって、「運転するかもしれない状態で」アルコールを飲んだのかが検討されるべきである。それ故、飲酒運転について責任減少するかの問題は、事故現場からの無許可離脱罪 (第142条) とは異なって答えられるべきことがある。

被告人が、アルコールまたは麻薬を過剰に摂取する傾向の結果、累犯となるかもしれない危険があるときは、判決は、——刑を科すことと並んで——第21条 [限定責任

52) 詳細については、Rdn. 521 以下を参照。

53) 連邦通常裁判所の確定判例。NStZ 1992, 381; BGH Urteil vom 8. Mail 2001—1 StR 35/01 を参照。

54) 詳しくは、BGHSt 49, 239.

能力]の要件が存在するかの確認を要件としない⁵⁵⁾第64条に定める教育施設における収容により、その危険に対処しうるかの問題に取り組まなければならない。

332 bb) 犯行動機 (Beweggründe) および目的 行為者の犯行動機および目的は、重要な量刑要因である。例えば、第211条〔謀殺罪〕から第213条〔故殺罪〕における立法者の評価がこれを表している。すなわち、人を殺害した場合、すなわち、結果無価値が同程度の場合に、一方ではさまざまな態様の犯行動機（例えば、行為者に対する挑発）が、法律上の刑の上限を10年とする、故殺の犯情のあまり重くない事案を根拠づけることができ、他方では法定刑を無期自由刑とする謀殺（ある犯行を隠すための犯行や低劣な動機からの犯行）を根拠づけることができる。第157条（自己または親族を守るための行為）および租税法 (Abgabenordnung) 第370条第3項第2文（著しい利己心）が、同様の例である。

333 これらの法律上の諸例から、犯行動機の形態と強さは、量刑責任の程度にとっても意味をもつという結論を引き出すことができる⁵⁶⁾。低劣な動機は通常は刑罰加重的に、人間的に理解しうる動機は刑罰軽減的に考慮することができる。犯罪遂行の動機が強ければ強いほど、量刑におけるその重みは大きくなる。もちろん、法的に承認しうる動機のみが考慮される。例えば、アラブ人が公道でアルバニア人を撃ち殺したときは、以前に、アラブ人と（他の）アルバニア人との対決で彼が負傷したからといって、彼の犯行が軽減的に考えられるわけではない⁵⁷⁾。

量刑にとって犯行動機のもつ意味は、次の諸例で明らかにされるという。

個人的に私腹を肥やすために経済生活の特別な事情を利用した詐欺行為者と、私財を投げ打って自分の事業と従業員の職場を守ろうとし、その際に、その支払能力について取引相手を欺罔したために、損害にあたる危険を伴う納入詐欺を行った詐欺行為者との間には、大きな相違がある。

財産犯においてまさに一般的に問題となるのは、行為者が著しい利己心から行為を行ったのか、それとも経済的に困窮した状態または切迫した状態から行為を行ったのか、個人的に私腹を肥やしたかったのか、一度きりの行為なのか、行為者がそのような処罰されうる方法で自分の生活費を稼ぐことを目指したのか、「一攫千金」を狙ったのかである。

55) BGHR StGB § 64 Ablehnung 6 und 8.

56) 同旨, Schönke/Schröder/Stree § 46, 13; Bruns StrZR 550.

57) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 24.

量刑の実務(一)

同様のことは、脱税にもあてはまる⁵⁸⁾。なぜならば、いわゆる政党寄付金事例は、行為者が個人的に私腹を肥やした事例よりもずっと軽く評価されるからである。麻薬刑法において意味があるのは、行為者が自己使用の資金提供のために取引をしたのか、それとも自身が中毒なのかである。

二重評価の禁止 (Rdn. 391 以下) は、ここでとくに慎重に遵守されなければならない。構成要件に該当する態度に必然的に伴う犯行動機は、量刑の際にはそれ自体としては考慮されてはならない。これに属するのは、例えば、麻薬取引罪における利潤獲得目的や、詐欺罪および恐喝罪における領得目的である。しかしながら、構成要件該当性に関わらない修正を考慮することはなお許される。例えば、上述の犯罪の場合でも、とくに大きなまたはとくに小さな金銭欲は考慮することができる。

334 行為者が、ある犯罪について中止未遂を行い、刑を免除されるが、他の規定によりなお処罰される場合には (例えば、謀殺の中止未遂または性的強要の中止未遂の後になお傷害による処罰の可能性が残る)、通説的な見解および確立した判例によれば、中止未遂となった犯罪行為に向けられた故意、並びに、もっぱらそれにのみ関連する行為態様を刑罰加重的に評価することは許されない⁵⁹⁾。行為者がとくに重い事例の原則例 (Regelbeispiel) の実現を任意に断念した場合⁶⁰⁾、または、行為者が、構成要件に該当しない刑罰加重的な犯行態様を目論んだが、なお遂行せずにといたところ、それを任意に放棄した場合も⁶¹⁾、同様である。しかし、全犯罪事象に関連し、既遂犯の不法および責任内容をも特徴づける事情を刑罰加重的に考慮することは許される⁶²⁾。それ故に、故殺の中止未遂の場合に、犯行が計画的に準備されていたという理由から、地方裁判所が、(なお残る) 重い傷害罪について犯情のあまり重くない事

58) その点につき、地方裁判所が確認した動機については、BGH NStZ 2007, 150 を参照。

59) BGH NStZ 1989, 114; 1996, 491; 2003, 533; StV 1996, 263; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 30; BGH Beschluss vom 4. Juli 1997—2 StR 273/97; BGH MDR 1965, 839 (*Dreher* の否定的な評釈がある); *Schönke/Schröder/Eser* § 24, 114; 場合分けを行うものとして、*Tröndle/Fischer* § 24, 45 bis 45 b.

60) BGH StV 2000, 554.

61) BGH NStZ 1989, 114. 原審刑事部は、強姦罪と誘拐罪を理由に有罪判決を受けた行為者が、当初、被害者を「無援の状態で」「辺鄙な場所に」置き去りにすることを予定していたということを刑罰加重的に評価していた。

62) BGHSt 42, 43; BGH NStZ 2003, 143 (144).

案を認めなかったことについて、連邦通常裁判所第3刑事部は、異議を唱えなかった。もちろん、動機は、元来十分な犯罪行為に対して従たる位置づけを与えられなければならないものであるから、処罰される事象がつねに適切に評価されうるわけではないという結果を判例は伴っている。これは、被告人にとって有利にも不利にも作用するものであり、熟慮されるべきものである⁶³⁾。

335 cc) 行為に表れた心情 行為に表れた心情は、量刑の際に慎重に援用されるべきであろう。なぜならば、犯罪行為は、通常、それ自体立派な心情の表れではないからである。しかしながら、例えば、粗暴犯においては、非難しうる人間蔑視が、そして財産犯においては、他の者を犠牲にして華美な生活を送る傾向が、重要な役割を演じることがある。この事情と動機および目的との近接性は大きく、道徳的考察の危険が思い浮かぶ。裁判所がこの危険に屈するときは、判決の維持が危険にさらされることがある⁶⁴⁾。

336 重要なのは、心情は、犯行から明らかにならなければならないということである⁶⁵⁾。もっとも、だからといって、それを確定するために行為者人格に遡ることが妨げられるわけではない。しかし、一般的な行状の悪さは、それらが犯行に直接関連しない限り、考慮することはできない。例えば、連邦通常裁判所は、詐欺罪を理由とするある弁護士の有罪判決に際して、権利保護の確保に反するという理由から、一般的な弁護士実務上の行動（その弁護士は、依頼人を待たせた）を刑罰加重的に考慮したことに、正当にも異議を唱えた（そのような場合における義務違反性については、Rdn. 345 を参照⁶⁶⁾）。

上に言及された関係に属するのは、いわゆる確信犯および良心的犯罪者もである。彼らは、尊重されるべき動機からの犯行、すなわち例えば核兵器増強に反対する座り込みへの参加のような行為は、責任を減少させる⁶⁷⁾。

337 dd) 行為の際に向けられた意思 行為の際に向けられた意思は、しばしば

63) 同じく、BGH NStZ 2003, 143 (144).

64) 特徴的な公式化の例として、BGH NStZ 1987, 405; BGH NStZ-RR 2007, 195; BGH Beschluss vom 15. Oktober 2003—2 StR 332/03 を参照。

65) BGH NJW 1979, 1835; 1954, 1516.

66) BGH NJW 1979, 1835.

67) 座り込みについて、OLG Stuttgart JR 1994, 81 und BayObLG JR 1993, 117 を参照。この問題については、全体として *Schönke/Schröder/Stree* § 46, 15; *LK-Theune* § 46, 106 ff. m. N. を参照。

利用され、判例においても承認されている⁶⁸⁾ 量刑事情である。行為者意思の強さが考えられている。法律もまた、例えば、第250条〔犯情の重い強盗〕第1項第1b号におけるように、より重い法定刑を定めることにより、それを考慮している。したがって、それ以外でもこれらの事情を端的な量刑事情と認めることに疑問はない。

338 故意の形態 (Vorsatzform) それ自体は、もっとも量刑責任の評価にとって有用な基準ではない。とくに殺人の罪の場合に、直接的な故意に重大性を認めるのに対して、条件付き故意に重要性を認めないことがしばしばある。しかし、図式的な考察方法は、ここでも適切でない。故意の形態に量刑上の重要性がおよそ与えられるべきだとするのであれば、それは行為者の表象および目的との関連における評価を必要とする⁶⁹⁾。行為の目的と犯罪遂行の様相が、決定的である。殺人の直接的故意をもって、心臓部への激しい一撃が行われたことは、この事象の特別な危険性を理由に、第212条〔故殺罪〕に含まれる事例の全スペクトルを背景に、刑罰加重的に評価することができる⁷⁰⁾。しかしながら、これについての連邦通常裁判所の判例は、統一されていない。一部には、直接的故意の刑罰加重的评价は、二重評価の禁止 (Rdn. 391 以下を参照) に違反するとして異議を唱えたが、それは、直接的故意による殺人は、殺人の原則例だからである⁷¹⁾。この判決は、そのような規範的な原則例を否定する大刑事部の判決⁷²⁾ には言及していない。

339 行為の際に向けられた意思との関連で、費やされた「犯罪的エネルギー (kriminelle Energie)」が強かったとか、また弱かったなどと言われることが多い。これも、結局は、行為者の行動の実際の重さについて具体的なことは何も語ることのできない空虚な公式でしかない。むしろ、行為者意思の強さを推論させることのできる特定の事情——これは、判決理由の中で確定されるべきである——に関連づけられなければならない。行為の際に向けられた特別の意思は、例えば、周到な計画という形で表れることがしばしばであり、未遂犯の場合に、なぜ既遂に達しなかったのかの問題で重要な役割を演じる。これに属するのは、発覚の危険を減少させると考え

68) BGH StV 1986, 58; BGH NJW 1979, 248; NStZ 1981, 436. しかし、批判的なものとして *Walter GA* 1985, 197.

69) BGHR StGB § 212 Abs. 1 Strafzumessung 1; BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 4 und 5.

70) BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 5.

71) BGH StV 1993, 72; BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 3 und 4.

72) BGHSt 34, 345.

られる犯行計画および犯罪遂行の態様である。例えば、強盗の場合のマスク着用、手袋の装着、犯行後に着替えるための衣服の準備および逃走用の車の準備である⁷³⁾。

340 監督を受けなかったことが犯行を容易にした場合は、行為者意思の強さは、さほどではないと判断することができるのが通常である。しかし、これは、刑罰加重的な義務違反が同時に存在しない場合にも、刑罰の軽減に至る。例えば、通常は、公務員や特別な義務に関連する者の落ち度があった場合がこれにあたろう⁷⁴⁾。租税法においては、租税の申告、前納許可申請または投資追加の支払申請が表面的に調査される。それ故、誤った申告が容易になされる。しかしながら、これにより刑罰が軽減できるわけではない。なぜならば、丹念な調査は、支持しえない、また望みえない監視装置を必要とすることになろうし、したがって、法社会は、申告の正確性に頼らざるを得ないからである。

341 行為者が自らの決意から行為を行ったのではなく、第三者に教唆されなければならなかった場合や、自らの行為を第三者により主として要請された場合には、これは通常、その者の責任を減少させる⁷⁵⁾。たとえとくに行為者が覆面捜査官の指示に基づいて行為を行った場合でも、このことは妥当する（覆面捜査官を用いた場合のさらなる刑罰軽減事由については、Rdn. 318 を、全体としては Rdn. 471 を参照⁷⁶⁾）。

342 複数の者が行為遂行のために手を組み、その行動の効果を高めた場合には、これは危険性が高められたことを理由に刑罰加重的に作用する。例えば、窃盗、強盗または薬物犯罪においては、組織的な犯罪遂行に対してすでに法定刑が重くなっている（例えば、第244条第1項第2号、第250条第1項第2号、麻薬法第30条第1項第1号、第30 a 条第1項を参照）。他方、1人では決して犯行を行わないであろう者を犯罪行

73) BGH NStZ 1998, 188 を参照。第4刑事部は、2000年1月11日の決定 (Beschluss vom 11. Januar 2000—4 StR 611/99) により、以前に述べた (Beschluss vom 11. März 1997—4 StR 25/97) 自らの見解、すなわち、マスク着用の事案で、行為者が（許容できるやり方で）発覚の危険を減少させたという事情が重要であるという見解を放棄した。二重評価の禁止についての考察 Rdn. 405 ff. をも参照。

74) BGH Beschluss vom 14. August 2002—1 StR 286/02.

75) BGH StV 1993, 133; MDR 1986, 331; BGHR StGB § 46 Abs. 1 V-Mann 1 = NStZ 1988, 550; 覆面捜査官によって犯行が促進された例については、BGH NStZ 1993, 584 (585).

76) 基本的に、BGHSt 45, 321. BGHR StGB § 46 Abs. 1 V-Mann 1 bis 4 und 6; BGH NStZ 1986, 162; BGH StV 1992, 462; 1993, 133 をも参照。

為者にすることができる集団行動的なプロセスが存在する。これらの事案に特徴的なのは、「行為計画および行為遂行が、ほぼ偶然に集団から発展した」ということである⁷⁷⁾。これは、刑罰軽減的に作用し⁷⁸⁾、特別な状況の個別事例において、とくにさらに別の要因と関連して、第21条〔限定責任能力〕の意味において大きく減少する責任を認めることができる⁷⁹⁾。

b) 義務違反の程度

343 義務違反の程度は、過失犯および不真性不作為犯、並びに、特別な法的義務（例えば、背任罪における誠実義務。第266条）に対する違反を行為者に非難する構成要件において、重要な量刑事情である。これらの場合すべてにおいて、義務違反は、構成要件該当行為の要件である。したがって、量刑にとっては、義務違反の程度が決定的となりうる⁸⁰⁾。

そこで過失致死罪の場合には、例えば建設工事監督者によって、安全規定に対して（客観的および主観的に）どの程度の違反があったのかが決定的である。許容された最高速度を超過することによる道路交通における過失致死罪の場合には、許容された速度をわずかに超えたにすぎないか、かなり超過したかが区別される。同じことは、信号での交通違反の場合にも妥当する。

344 不作為犯の場合には、作為義務違反の程度が決定的である。とくに強い義務状態のために、作為義務違反が、誤った作為の遂行と等しく評価される場合がある⁸¹⁾。しかしまた、行為の期待可能性の最下限にようやく達する程度であった故に、非難可能性がまったく低い場合もある。

特別な義務関係を伴う構成要件の場合は、同様のことが妥当する。そこで、例えば、背任罪の場合には、行為者に妥当する（契約、法律またはその他の）規則に行為者がどの程度違反したか、および、義務関係がどの程度強度だったかが問題となる。

345 判例によれば、職業上の義務は、それが犯罪行為と直接関連する場合、とくに職業上の地位が、侵害された法益について高められた義務を根拠づける場合に限り、量

77) *Rasch/Konrad*, Forensische Psychiatrie, 3. Auflage 2004, S. 72 ff.

78) BGH StV 1993, 520.

79) これについて詳細は、*Schumacher* NJW 1980, 1880 und StV 1993, 549.

80) 緊急精神科閉鎖病棟長として、高度な職業上の義務を負っていた、患者の外出について責任のある医師について、BGHSt 49, 1 (7).

81) *Bruns* StrZR 458 が作った、転轍係の例と同様である。

刑上一定の役割を演じる⁸²⁾。連邦通常裁判所は、薬剤師によりその職務遂行外で行われた故殺の場合にこれを否定した⁸³⁾。行為者は、職業上の理由またはそのほかの理由から、(例えば、医師または教育者による性的虐待の場合に、子供の発育についての侵害について)特定の犯罪行為の危険性をとくに知っていたのであり、これを知らない行為者よりも大きく規範に違反したのだから、この判例には問題がないわけではない⁸⁴⁾。したがって、このような知識は、「私的な」犯罪遂行の場合には、依然として考慮されない。

346 したがって、判例によれば、例えば弁護士という職業上の地位は、その依頼人に不利益を与える詐欺罪の場合に⁸⁵⁾、またはそのほかに弁護士の権利を濫用した犯行の場合には⁸⁶⁾、刑罰加重的に考慮されうる。弁護士が(ある程度「私的に」)有限会社の経営者として背任を行った場合⁸⁷⁾や、道路交通犯罪を行った場合⁸⁸⁾には、そうではない。売春斡旋罪、強盗罪および恐喝罪を理由として警察官が有罪判決を受けた場合も、職業が刑罰加重的に作用する⁸⁹⁾ということは、疑わしいように思われる⁹⁰⁾。医師または教員の性犯罪の場合には、これらが被害者に対する医師または教員の職業関連性を犯罪の原因としていたか、それとも、犯行がそれらとは完全に独立して「私的に」行われたのかが区別されるべきであろう。

347 外国人は、受入国において処罰と無縁の生活を送る義務が高められることはない⁹¹⁾。

82) BGH NJW 2000, 154; NStZ 1981, 258; 1988, 175; StV 1987, 88; wistra 1982, 65.

83) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 19.

84) 同旨, *Frisch* ZStW 99 (1987), 751 (765).

85) BGH NStZ 1987, 406.

86) BGH NStZ 1988, 126.

87) BGH wistra 1991, 265; NJW 2000, 154.

88) *Hanack* NJW 1972, 2228.

89) しかし、例えば、BGH StV 1987, 387 (= NStZ 1987, 405); また、BGH NStZ 1988, 175 und BGH (H) MDR 1979, 635 をも参照。

90) これについて、BGH Beschluss vom 16. Februar 1993—5 StR 3/93 を参照。ここでは、麻薬(ハシシュ、コカイン)取引の事案で、行為者(医師)が自らの行動の危険性について認識していたことを刑罰加重的に考慮したことに異議を唱えた。BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 10 もまた、問題がある。ここでは、地方裁判所長が、ある司法官吏を保護人として推薦したが、保護終了後、背任罪の遂行のために、この者は保護人として得た信頼を濫用した。

91) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 12 und 13; BGH Beschluss vom 7. Juli 1998—5 StR 297/98.

量刑の実務(一)

したがって、この理由から、外国人という性質が刑罰加重的に作用することは許されない⁹²⁾。連邦通常裁判所は、確立した判例で、外国人犯罪者に不利益な形で、「それ以上の実質もなく、外国人が受ける保護権を濫用した」ことを掲げる量刑上の考慮に異議を唱えた⁹³⁾。だからといって、外国人という性質に関連する他の観点を刑罰加重的に考慮しないということにはならない。例えば、外国人の薬物取引者が、ドイツでは有罪判決の結果があまり重くないということから、その活動をドイツに移したこと⁹⁴⁾や、外国人が、その外国人としてまたは難民申請者としての性質にまさに関連してその者に保障される特別な利益を、処罰を受ける形で濫用しまたは獲得したことは、犯行が保護権の付与に直接関連する場合または犯行がドイツ連邦共和国およびその存立に対する罪に向けられている場合には、考慮される⁹⁵⁾。

逆に、外国人の場合には、彼らが他の文化圏から来たということが、しばしば不当にも刑罰軽減的に考慮されている。確かに、行為者に根づいた表象が、責任の範囲の問題において一定の役割を演じることはできる。しかし、それらが刑罰軽減的に作用しうるのは、その表象が実際に他国の法秩序とは調和している場合で、行為者がドイツに比較的長く滞在したことによっても、ドイツの法共同体の表象を知る機会がなかった場合に限られる⁹⁶⁾。

c) 行為の遂行態様

348 行為の遂行態様は、行為の際に向けられた意思の実現であり、それ故に、行為無価値の領域で重要な量刑事由である。決定的な基準は、例えば、行為の場所、時間、期間、手段、固有の実行行為並びに行為者と被害者の関係のような本来の行為態様である。

しかしながら、これらを考慮する際には慎重さが求められる。なぜならば、これらの事情のうち多くが、自明の罪質として、または、犯情がとくに重い事案についての原則事例として、すでに法律上刑罰枠を決定するのに用いられているからである。例えば、第243条第1項第2文第1号の場合に「侵入」は、犯情の重い窃盗事案の原則

92) 確立したBGH判例。さしあたり、NSStZ 1982, 112を参照。

93) BGH NSStZ 1993, 337; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 12 m. w. N; BGH NSStZ-RR 2006, 137をも参照。

94) BGH NSStZ 1982, 112. Wolfslastの評釈がある。

95) BGH NSStZ 1993, 337.

96) BGH NSStZ 1996, 80; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Kulturkreis, fremder 2を参照。

事例であり、第244条〔持凶器窃盗等〕および第250条〔犯情の重い強盗罪〕の場合に「武器の携帯または使用」もしくは集団での遂行は構成要件要素であり、第211条〔謀殺罪〕の場合に「陰湿さ」は構成要件要素である。法律がこれらの事情を原則事例または構成要件要素として用いている場合は、この事情はすでにより重い法定刑を決定したのだから、二重評価禁止（第46条第3項）により、これはもはやそれ自体が刑罰加重的に評価されてはならないが、修正を考慮することはおそらくできよう（Rdn. 391 以下）。法律がこれらの事情を用いていない場合には、それらは完全に量刑上重要となりうる。

例：第211条において、未遂犯が存在するにすぎず、または、幫助が有罪判決の対象となっているということから、有期自由刑が考慮される場合は、「陰湿さ」は構成要件要素であり、したがって、第46条第3項によりもはや量刑上重要な事情として考慮されえない。これに対して、とくに著しい「陰湿さ」は刑罰加重的に作用しうる。これに対して、強盗構成要件は、このような罪質をもたない。したがって、ここでは陰湿な遂行態様はそれ自体刑罰加重的に作用しうる。

349 その他にも、裁判所は、その評価によって、立法者が行った評価と矛盾することはできない。そこから、例えば、ある武器が武器法に含まれる最も軽い刑罰法規に服すにすぎないにもかかわらず、麻薬取引の際に用いたその武器をその性質上「とくに危険な」ものと考えすることは、法的に誤りである⁹⁷⁾。行為者が、1つの行為によって、法的な意味で複数の構成要件を実現し、もしくは、複数の構成要件要素またはとくに重い事案の複数の原則例を充足した場合は、いずれにせよ、そこから非難可能性の高まりを推論しうるときに、刑罰加重的に作用する。これは、しばしばあることだが、つねにそうであるわけではない（行為単一について詳細は Rdn. 500 以下を、構成要件要素については Rdn. 396 を、原則例については Rdn. 401 以下を参照）。

350 犯罪行為を行うつもりのない第三者（例えば、脱税、詐欺または麻薬取引の場合の従業員）⁹⁸⁾ を巻き込むことが刑罰加重的に作用することは、一般に妥当する。複数の行為者の組織的で計画された共同実行についても、これが特別の危険性を高める結果となり、（例えば、第244条第1項第2号〔集団窃盗〕、第250条第1項第2号〔集団強盗〕におけるように）高められた法定刑によってすでに考慮されていない限りで、同じことがあてはまる。いわゆる自発的な行為の場合にも、複数行為者の共同実行の

97) BGH Beschluss vom 13. Dezember 2005—5 StR 520/05.

98) BGH Beschluss vom 18. Juni 1996—5 StR 229/96 を参照。

量刑の実務(一)

場合に危険性が高められたことは、刑罰加重的に作用しうるが、集団行動的なプロセスが、意思の込め方が軽いことを意味するのか否かを検討すべきである (Rdn. 342を参照)。

351 aa) 殺人および傷害の罪 例えば、殺人および傷害の罪においては、しかしまた、性的強要罪(強姦罪)においてもまた、とくに残酷で卑劣な行為遂行およびとくに激しい暴行の使用は、刑罰加重的に作用するのに対して、逆に——例えば、強姦罪または傷害罪の場合に——僅かな暴力の使用はそれ自体刑罰軽減的に作用しうる。

352 しかし、行為態様を被告人に刑罰加重的に負担させることができるのは、それらが非難可能である場合のみにてあって、その原因が、行為者の是認しない精神障害にある場合には、この限りでない。しかし例えば、第21条に定める限定責任能力者は、その者の行った犯行について、その具体的な形において答責的であり、したがって、量刑の際に、行為の強度を評価する余地が残る⁹⁹⁾。それによれば、精神障害の強さをまさに表す行為態様は、刑罰加重的に考慮されうるが、もっとも責任の減少の程度に応じて考慮することができる¹⁰⁰⁾。量刑の際に、これが裁判所に知られていたということは、裁判所は判決理由において明示しなければならない¹⁰¹⁾。

行為者および行為計画から見て意味のない行動にしばしば見られるように情動が爆発した場合(ナイフで50回も刺して被害者を殺害した場合)には、そのような事情は、もちろん、刑罰加重の程度を低めることができる¹⁰²⁾

353 bb) その他の犯罪 構成要件の形象がさまざまに異なっているために、各構成要件特有のさまざまな事情が意味をもつことがある。例えば、以下の通りである。

— 性的強要罪(強姦罪)の場合には、第1に、暴力行使の形態と程度である¹⁰³⁾。

被害者の侮辱的な扱いは、刑罰加重的に作用するが、この事情が第177条第2項第1文、とくに第1文第1号に定める、犯情のとくに重い事案を認めることにつなが

99) BGHSt 16, 360 (363); BGHR StGB § 21 Strafzumessung 1 bis 12, 14 und 15; BGH NStZ 1987, 321; 1987, 453; 1988, 125 und 310; 1991, 81 und 581.

100) BGH NStZ 1992, 538; 1988, 310; 1987, 453; 1987, 321 m. Nachw.; BGHR StGB § 21 Strafzumessung 3 und 9; BGH Beschluss vom 18. Dezember 2007—5 StR 530/07.

101) BGH NStZ 1992, 538; NJW 1993, 3210; BGH StV 2001, 615 (616). BGHR StGB § 21 Strafzumessung 16 もまた同旨。

102) BGH NStZ 1987, 321 を参照。

103) BGHR StGB § 46 Abs. 3 Vergewaltigung 2 und 3.

る場合には、もはや行為者にとくに負担を負わせることはできない（二重評価の禁止。Rdn. 400）。被害者との人的関係も一定の役割を演じる。それ故に、過去に関係があったことは、行為者が性的な受け入れを期待しえた場合には、刑罰軽減的に作用し、これに対して、被害者が例えばこの関係を終わったものと考えまたは認識可能な形で終わらせたいと望んだという理由から、行為者が性的に受け入れてもらえるとは期待しえないことを知っていたときには、刑罰加重的に作用する。実務は、不当にも、行為者と被害者との間に過去の関係があった場合に、正しく場合分けをせず、刑罰を軽減し、強姦の際に信頼違背がとくにトラウマを与える作用を及ぼすことがあるということを見誤っている¹⁰⁴⁾。

- 窃盗罪の場合には、防止策を破った程度である。すなわち、行為者がどのような手段で行為を行い、どのように安全装置を乗り越え、行為をどのように準備したのか（複数人が共同実行したときのプロ的な役割分担）である。行為者に寄せられた信頼のために特別な事前の防止策をやめていた場合には、防止策を簡単に破ることができたことは、刑罰軽減的に作用しない¹⁰⁵⁾。
- 強盗罪および恐喝罪の場合には、暴行または脅迫の形態と程度および告げられた害悪の程度である。第250条第1項では、客観的にさまざまな危険な行為態様に着目すべきである。
- 詐欺罪の場合には、欺罔の形態と程度（例えば、それに加えて文書偽造による欺罔）並びにその場合に示された執拗さである。すなわち、（例えば、聖職者であるとか、親戚の使いであると自称したための）人間的に理解しうる信頼の高さに付け込んだことや、長年にわたって存在する確固な営業上の関係である。
- 背任罪の場合には、信任違背が如何に生じまたは隠蔽されたかという形態である。その際に、効果的な監督がなされなかったということは、ここでもまた、行為者に対する特別な信頼を理由にこれがなされなかった場合には、刑罰軽減的に作用しえない。
- 表現犯の場合には、行為者がありえた警告をどの程度無視したのか、したがって、行為者は確かに裁判所により警告を受けていたのか、彼は自分の陳述の虚偽性に注意を向けていたのか、および彼はなぜ虚偽の陳述を変えなかったのかである。
- 破産犯罪の場合には、個人的な利己心の程度、財産隠匿または収支決算書改竄の

104) *Feldmann, Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen*, Stuttgart 1992 を参照。

105) ドイツ連邦銀行 (Bundesbank) で働く職員に関して, BGHSt 29, 319.

やり方が巧緻だったのかそうでもなかったのかである。

- 麻薬犯罪の場合には、売人がどのような買い手を相手にしていたのか（まだハードドラッグに接触していない新規の購入層の開拓）、薬物を輸入する際に、どの程度巧妙に隠蔽したのか、組織的ネットワークをどの範囲で構築または利用したのか、および未だ売人として活動していなかった者を取引に巻き込んだのかである。
- 脱税の場合には、欺罔の形態および程度（巧妙に準備された虚偽の帳簿、解明されにくく操作された、幽霊会社の介入による余剰または赤字の計算書を用いての海外への利益移動）、従業員または従属事業者を巻き込んだか否かである。

d) 複数の行為関与者

354 行為関与者が複数の場合には、——結果無価値（Rdn. 327）の場合と同様に——行為無価値もまたそれぞれの行為寄与の範囲と程度に応じて細分化されなければならない¹⁰⁶⁾、量刑の際には、第29条〔共犯の個別的処罰〕の法的思考により、行為者に非難可能な行為態様のみが行為者に帰属できることに留意されなければならない（詳細については、Rdn. 479 以下）¹⁰⁷⁾。

3. 犯行前および犯行後の態度

355 犯行前および犯行後の態度は、量刑にとってかなりの意味をもつ。この場合に、犯行前の態度では、犯行の直接の「経緯」と行為者の前科・前歴とが区別されなければならない。犯行の展開から生じた事情は、個人の非難可能性の側面の下で、量刑にとって直接的な意味をもつ。これに対して、学説上、広義の犯行前の態度（前科・前歴）および犯行後の態度は、行為責任を評価する際に関係しうるか、それとも、その場合、それはせいぜい予防的側面の下で量刑の際に役割を演じる観点が問題なのかには争いがある¹⁰⁸⁾。

356 連邦通常裁判所判例は、この点でブルンス¹⁰⁹⁾に従い、いわゆる「徴表的構成（Indizkonstruktion）」を利用する。それによれば、構成要件実現の前または後に存在

106) 狡猾な謀殺における承継的共同正犯の事案について、BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumstände 2 を参照。

107) BGH bei *Dallinger* MDR 1978, 623.

108) *Maurach/Gössel/Zipf* § 63, 50. この問題について基本的には、*Bruns StrZ* 562 ff.

109) *Bruns StrZ* 562 ff.

する事情も、それらが「具体的責任非難と内的に関連し」¹¹⁰⁾、それ故に、行為者および行為についての行為者の考え方を推論させる場合にそしてその限りで、量刑の際に責任の観点の下で考慮することができる。この見解は、何よりも心理的に納得のいくものであるように思われる。なぜなら、行為は決して単独のものではなく、行為者の全人格を背景にして全体評価に基づいてのみ評価されうるからである。

a) 犯行の「経緯」

357 犯罪行為が直接に展開する由来となった事実関係が、量刑に関連しうるということを示すのは、例えば、すでに第213条〔犯情が重くない故殺の事案〕第1項の意味における挑発の場合の刑の軽減である。法律上の明文規定によれば、行為者が挑発を引き起こしたときには、この刑の軽減はできなくなる。第213条第1項は、他の構成要件の場合にもあてはまる法律上の評価を含む。したがって、例えば、恐喝予備の段階で被害者の保護された私的領域へ容赦なく押し入ったことは、刑罰加重的に作用する¹¹¹⁾。もっとも以下の場合には、容易に量刑の誤りが生じる。すなわち、被告人を不利にした態度が被告人に非難することができるのか、そしてそれほどの程度なのかを十分に検討しなかった場合であり、とくに個別事例において刑法上は非難しえない、いわゆる一般行状責任ときちんとした区別をしていない場合である (Rdn. 360 以下)。

aa) 紛争に伴う犯行 とくに紛争犯罪の場合に、犯行の経緯は注意を向けられるべきである。行為者が、紛争を積み重ねた状態を作り出した場合またはそれを回避しなかった場合には、この経緯を彼に非難できるときは、これは刑罰加重的に作用しうる。なぜならば、行為者はその経験に基づいて、そのような状況においてはその際に行われたような犯罪行為に至ることを知りまたは知ることができたからである¹¹²⁾。行為者が有責にではなく紛争に陥った場合には、第213条の要件が存在しなくとも、これは刑罰軽減的に作用しうる。

bb) 関係行為 関係行為の場合とりわけ性的強要罪 (強姦罪) の多くの事案では、事件の経過、すなわち関係の発生および展開が重要な役割を演じる¹¹³⁾。もちろん、

110) 確立した BGH 判例。例えば、NJW 1979, 1835; NStZ 1984, 259; StV 1984, 21; BGH NStZ-RR 2002, 364 をも参照。

111) BGH NStZ 1993, 282 = BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumstände 10 (Peter Graf 恐喝事件)。

112) BGH Beschluss vom 17. Juli 1996—5 StR 283/96 を参照。

113) 第177条については、BGH NStZ Nr. 34 の事例を参照。

例えば性的強要の場合に、被害者が過去に行為者と親密な関係にあったことがあるからといって、被害者の要保護性が低くなるということはないし、行為者の攻撃的な態度のために別れることとなった場合にはとくにそのようなことはない¹¹⁴⁾。これに対して、対価を支払って、基本的に行為者と(他の)性行為を行う気があると言った者が被害者である場合には、このことは刑罰軽減的に作用すべきである¹¹⁵⁾。

cc) 相当程度の責任減少をもって行われた行為 アルコールによりかなりの程度減少していた責任の諸要件もまた、本来の構成要件以前に(例えば、事前の飲酒により)情動の要件と同様に作り出されるものである。被告人が彼の生活経験により、自分がアルコールに酔った状態または情動により興奮した状態で、(当該)犯行を行う傾向にあることを知っていたまたは知ることができたのだから、これが被告人に非難しうる場合、またはそのような状態に陥ることを非難しうる形で回避しなかった場合には、行為遂行の時点で責任が相当程度減少していたことは、刑罰軽減的に作用しえないであろう(Rdn. 539)¹¹⁶⁾。

b) 犯行前のその他の態度

358 法律は、第46条第2項において量刑に関係する事情として、行為者の前科・前歴を明文で掲げている。これにより、法律は、犯行の遂行と直接関連しない事情に明らかに依拠している。ここで、重要な観点は、一方では処罰を受けたことがないという前歴、他方では過去の有罪判決および前科である。

359 aa) 処罰された経験がないこと、その他の前科・前歴 これまで処罰を受けたことがないということは、当然のことではない。したがって、連邦通常裁判所の確定した判例によれば、それは刑罰軽減的に考慮することができる¹¹⁷⁾。行為者のその他の前歴から、さらに別の刑罰軽減事由が明らかとなるが、それはとくに、尊敬すべき、社会的に有用な生活を送ってきた後に、一度限りの失敗が判断されるべき場合である。
例：著名な研究者が大学に対して虚偽の決算書を提出したことによる背任罪、長年、模範的に働いてきた工場長の交通義務違反による過失致死罪。

114) BGH NStZ-RR 2007, 300; *Reichenbach* NStZ 2004, 128.

115) これについては、BGH NStZ 2001, 29 における注意深い公式化を参照。さらに、BGH NStZ 2001, 369 (373)。これについて批判的なのは、BGH NStZ 2001, 646.

116) アルコールについては、BGHSt 43, 66 (78) を参照。情動行為については、BGHSt 35, 143; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 13 を参照。

117) BGH NStZ 1988, 70; 1984, 453; 1983, 453; 1982, 376; StV 1984, 71; 1983, 237; 同じく、OLG Düsseldorf StV 1993, 310 (311); *Bruns* NStZ 1981, 81.

360 それ自体で刑法上の意味はない、一般的行状のネガティブな事情は、たとえそれが犯行の原因となったときでも、次の場合に限って、行為責任がより重いことを推論することができる。すなわち、それが有罪判決の対象となる犯行と緊密な関係があり、この犯行前の態度に照らしてこの犯行がより重くなる場合である。これは、例えば、前歴が犯行自体からも明らかとなる法敵対的心情の徴表である場合である¹¹⁸⁾。

361 それ故に、勤労意欲のなさおよび過度のアルコール摂取は、基本的に行為者に非難することはできない¹¹⁹⁾。もっとも、勤労意欲のなさが、例えば養育義務の懈怠の程度について役割を演じる場合は別であるが。行為者が、ナイフで他の者を殺害しようとした場合には、ナイフの携行は、まさに行為者がすでにしばしば他の者に暴力的であったこと、またはそうでなくとも軽率にナイフを利用したということから行為者に非難を加えることができるときにのみ、刑罰加重的に作用する¹²⁰⁾。同じことが、過度のアルコール摂取にも妥当する (Rdn. 539)。謀殺未遂の行為者がすでに以前にも殺人の念を抱いたことがあるということは、この考えが8ヶ月後に「自発的に」行った犯罪行為に影響したことが証明しえない限り、考慮されてはならない¹²¹⁾。行為者が行為時での経済状態の悪さを引き起こしたということもまた、この経済状態の悪さが原因である犯罪行為において、刑罰加重的にこの者を非難することはできない¹²²⁾。この場合には、もちろん重要な軽減事由もまた存在しない。

例：知人が行為者に財政的援助をしようとしなかったために、情動状態でその者を撲殺した行為者には、自らの苦しい経済状況を彼自身が引き起こしたことを行為者に刑罰加重的に非難することはできない¹²³⁾。

同様に、ある弁護士の仕事の仕方がだらしないことは、権利保護の確保を犠牲にした報酬詐欺の有罪判決に際して、刑罰加重的に作用することはない¹²⁴⁾。職務がだらしない場合に異なったことが妥当するのは、おそらく、弁護士が特定の権利を

118) 確立した BGH 判例。さしあたり、BGH NStZ 1984, 259; StV 1985, 102; 1982, 567; 1981, 178; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 3, 8, 9, 10 und 12; *Bruns StrZ* 566; LK-*Theune* § 46, 169 を参照。

119) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 3, 23.

120) BGH StV 1984, 21.

121) BGH StV 1984, 21.

122) BGH NStZ 1984, 259.

123) BGH NStZ 1984, 259; 同旨, BGH StV 1985, 102.

124) BGH NJW 1979, 1835.

量刑の実務(一)

主張または依頼人との清算を適時に行わなかったという点で、背任罪の非難を弁護人に向けることができる場合だろう。

362 bb) 被告人の過去の犯罪行為および過去に受けた警告¹²⁵⁾ 被告人の量刑上重要な犯行前の態度は、日々の実務において、量刑の際に大きな役割を演じる。その場合、過去の犯罪行為、前科または過去の刑事手続によるその他の警告は、時折、かなり大雑把に刑罰加重的に考慮されている。正しいことに、個々の事例では、どのような事情がどのような理由から量刑に関係するのかを丁寧に検討することが必要とされている。

過去の犯罪行為の場合に考慮されるのは、次の点における互いに独立した2つの非難である。すなわち、行為者は、累犯者としてより重い責任を負っていること、および、行為者は、(過去の刑事手続、過去の有罪判決または過去の刑罰執行という形での)警告を尊重しなかったということである。

363 他の犯罪行為を刑罰加重的に用いても、裁判所の手続は起訴された犯罪に限定されなければならないという原則にも¹²⁶⁾、——他の行為がなお確定力をもって判断されていない場合には——無罪推定にも¹²⁷⁾反しない。いずれにせよ、二重処罰の禁止には違反しない。なぜなら他の犯行に制裁を加えるわけではなく、第46条第2項の規定に一致して、他の犯罪行為も含めた行為者人格の全スペクトラムから、今回評価される犯罪行為の非難可能性の程度を推論することが問題だからである¹²⁸⁾。

364 (1) 過去に犯罪行為を行ったこと¹²⁹⁾は、——法違反の反復を理由に——保護法益に対する行為者の内面的態度の推論を許すものであり、これにより、非難可能性が高いことを示す。それぞれの事例はすべて、行為者が1つしか犯行を行わなかった場合よりも重く処罰することができる¹³⁰⁾。この犯行が現在進行している手続の対象で

125) 資料的価値があり、実務に批判的なものとして、*Janssen ZRP* 1991, 52; *Streng, Sanktionen*, Rdn. 448 f. をも参照。

126) *BGH NStZ* 1981, 997; *LR-Beulke* § 155, 4.

127) *BGHSt* 34, 209 (211) m. N. = *NStZ* 1987, 127 (*Vogler* の否定的な評釈がある) = *JR* 1988, 340 (*Gollwitzer* の肯定的な評釈がある); *BVerfG* (Kammer) *NStZ* 1988, 21; *LR-Gollwitzer MRK Art. 6*, 128; a. A. *Vogler*, *Festschrift für Kleinknecht*, S. 429.

128) *BGHSt* 34, 209 (211).

129) *Thür OLG Jena JR* 1995, 510. *Terhorst* の評釈がある。

130) *BGHSt* 43, 106. *BGHSt* 24, 268 (271) をも参照。同判決は、次のように言う。「個別の刑を定める際にも、例えば犯罪行為の増加を考慮することが必要であろう。」*BGH NStZ* 1991, 527; *BGHR StGB vor § 1 minder schwerer Fall* — ↗

あるのか、他の手続の対象であるのか、それとも（これまで）何らの手続も提起されず評価されていないのかとは無関係に、このことは妥当する¹³¹⁾。外国での前科もまた、それが連邦中央前科簿に登録されていないとしても、基本的に考慮することができる¹³²⁾。他に有罪を言い渡されていない犯行の利用は、なるほど無罪推定に違反しないが、その決定に依拠する裁判所は、その限りでその手続の枠内で、厳格な証明の方法で包括的な説明を行い（Rdn. 374 を参照）¹³³⁾、並びに、判決理由の中で正確に記述する¹³⁴⁾ ことを義務づけられる（合一刑形成の際にもこれらの事情を追加的に考慮することについては、Rdn. 661 以下を参照）。

365 もっとも、過去のすべての犯行が刑罰加重的に作用しうるわけではない¹³⁵⁾。以下のような犯罪学的な関係が存在しなければならない。すなわち、犯罪は類似性がなければならず（粗暴犯、財産犯）、または、少なくとも法への一般的な無関心の表れでなければならない。例えば、行為者が今回、計画された強盗の不通報を理由に処罰されるべき場合に、前科が強盗を理由としていたならば、十分に密接な結びつきがある¹³⁶⁾。とくに過去の犯行が——連続犯の場合にはよくあるように——法敵対的な態度が当初から存在したこと、または法敵対的な態度が高まったことの表れである場合に、非難可能性が重いと認められるべきであろう¹³⁷⁾。

366 他方、複数の犯行の内的結びつきは、行為者の有利にも作用することがあるが、それは——被告人に負担させることのできない理由から——後の犯行に対する自制心のハードル（Hemmschwelle）が、時の経過につれて高まるのではなく低くなった場合である¹³⁸⁾。この観点は、とくに家族関係の内部での性犯罪の場合（父親による娘の虐待）¹³⁹⁾ や、財産犯の場合（現金窃盗の反復）に一定の役割を演じることがある。これは、継続的な行為をやめた後に、意図しない刑罰水準の高まりに反対するために、

↘ Gesamtwürdigung 2; LK-*Theune* § 46, 128.

131) BGH NStZ 1998, 133.

132) BGH StV 2007, 632.

133) BGH NStZ 1981, 99; MDR (H) 1982, 809.

134) BGH StraFo 2005, 515.

135) BGH MDR (H) 1982, 809 を参照。

136) BGH Urteil vom 17. August 2004—5 StR 591/03.

137) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumstände 4 = StV 1988, 103.

138) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumstände 8.

139) BGH StV 2006, 689.

量刑の実務(一)

連邦通常裁判所が何度も強調した¹⁴⁰⁾。その限りで、個々の刑罰の量定に対して、合一刑に対するのとは別の事柄が妥当する¹⁴¹⁾。そこでは、個々の犯行との間に、より緊密な時間的、事実的および状況的関連性が存在する場合に、用いられる刑罰の高まりは低くならなければならない (Rdn. 662)。

367 (2) 自由刑を科され、それに服したことは、行為者の責任を高め、行為者に影響を与える必要性を高める場合に、刑罰加重的に重要となるが¹⁴²⁾、それは、行為者が以前の有罪判決でまたはさらに以前の刑の執行でなされた警告および自制心のハードルを尊重しなかったという理由による¹⁴³⁾。刑の執行中に、例えば、釈放 (Freigang) を契機に新たな犯行が行われた場合に、このような考え方がとくに妥当する。しかし、これに比較しうる非難を理由とする起訴状の送達¹⁴⁴⁾、または、過去の捜査手続、(刑事訴訟法第170条第2項、第153条以下、第260条に定める) 手続の打切り¹⁴⁵⁾ もしくは無罪判決¹⁴⁶⁾ で終結した公判手続もまた、同様の警告機能を果たしたということもありうるが、これに対して、証明のつかなかった私人による嫌疑¹⁴⁷⁾ はそうではない。同じく、例えば、破産法第13条による破産手続開始申請 (破産申請) または以前の破産手続は、(例えば、記帳および貸借対照表作成の懈怠により、破産犯罪の非難が行為者に向けられる場合に) 行為者に対して、法益侵害の意味を非常に明らかに指示するので、これはまさに判決を受けるべき犯罪行為において、責任の観点の下で刑罰加重的に作用しうる¹⁴⁸⁾。

140) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumstände 4 und 16; § 176 Abs. 3 Strafraumenwahl 5; BGH StV 1995, 470 を参照。

141) BGH NStZ 1995, 77.

142) BGHSt 38, 71, 73; 43, 106.

143) これについては、さしあたり BVerfGE 50, 125 (134) m. N. を参照。同判決は、削除された第48条の累犯加重規定について下されたものである。しかし、その考察には、一般的な妥当性がある。BGHSt 43, 106; 全体として、*Hacker/Hoffmann* JR 2007, 452.

144) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 1; BGH Urteil vom 10. Dezember 1997—3 StR 389/97— (理由の付されない刑罰命令)。

145) BGHSt 25, 64; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 2.

146) BGH Urteil vom 6. Juni 2002—1 StR 14/02; 非難がまったく別の性質である場合に、適切にも BGH StraFo 2006, 422.

147) BGH NStZ-RR 2005, 72.

148) 確立した BGH 判例。BGHSt 25, 64; BGH StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 1; ↗

例：行為時の血中アルコール濃度が1.09パーミルしかなかったため、相対的な運転不能が証明されず、道路交通法第24条 a に定める罪責には時効が成立していたという理由から、道路交通における酩酊罪（第316条）の罪責について無罪判決を下された者は、有罪判決がなくとも、実質的な警告を経験したのであり、その後の酩酊運転の際に、通常は重い責任非難がその者に向けられる。

368 もちろん、以前の手続が、対象および時間的隔たりから見て¹⁴⁹⁾、警告効果をもたらえたということが前提となる¹⁵⁰⁾。警告効果は、必ずしも、当該の前犯罪行為を前提とするわけではない。しかし、犯行は、同一または近い関係にある法益に関係し、または一般的な法的敵対性もしくは法への無関心の表れでなければならない。以前の重い当該有罪判決がない限りは、判決において、これについて、もちろん入念に認定し、考察することが必要である。通常は、以前の犯罪行為の事実関係、ならびに有罪判決および刑の執行の時点が知らされなければならない¹⁵¹⁾。以前の手続が打ち切られた場合には、行為者がそれを知っていたのか、それはいつか、どの程度の強度かということを経査し、判決文において示さなければならない。そうでなければ、量刑にとって重要な警告効果が十分に確認されないからである。

369 また、行為者が、その今回の犯罪遂行の際に、以前の警告を無視したということが、行為者に非難できなければならない¹⁵²⁾。社会化が不十分で、非常に情緒不安定な者において、その犯行が結局のところ社会的無能力を表すものである場合、個別事例において、そのような非難の正当性が疑われることもある¹⁵³⁾。

例：庭のあずま屋への侵入、自宅に入ることを禁じられた後での駅への侵入、万引きにおけるように、しばしば社会的な無援状態のために行われる微罪を理由として、絶えず重くなる刑罰で数ページが費やされる前科簿抄本を各裁判所は入手す

↘BGH MDR (H) 1979, 635; NJW 1979, 1720; *Bruns* 1985, 226 f. を参照。

149) BGH StV 1992, 225 = BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 17; BGH wistra 1988, 64; *Tröndle/Fischer* § 46, 38 を参照。

150) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 1 und 2; BGH Urteil vom 10. Dezember 1997—3 StR 389/97 を参照。

151) 警告効果の詳述については、BGH Beschluss vom 31. Januar 2007—5 StR 514/06 を参照。

152) 同旨、*Zipf*, Festschrift für Tröndle, S. 439.

153) *Horstkotte* in *Jehle* (Hrsg) Individualprävention und Strafzumessung, S. 169; *Streng*, Sanktionen, Rn 448 をも参照。

る¹⁵⁴⁾。

しかし、経済犯罪や環境犯罪の場合、そして、組織の枠内で活動し、自分自身は依存性のない薬物取引者の場合には、このような事象に強い警告効果がある。

370 (3) しかしながら、連邦中央前科簿または教育簿〔§ 60 Abs. 1 Nr. 7 BZRG 連邦中央前科簿法に規定。少年法において、前科簿に相当する。本書47に説明がある〕において削除され、または連邦中央前科簿法第45条以下により削除されるべき¹⁵⁵⁾ 前科および過去に科された負担は、完全に考慮外におかれなければならない。連邦中央前科簿法第51条第1項、第63条第4項によれば、犯罪行為および処罰は、「もはや国際間の司法交流において非難されてはならず」、とりわけ量刑の際に¹⁵⁶⁾、決して当事者の不利益に用いられてはならない¹⁵⁷⁾。このことは、過去の有罪判決自体にも、同様に、それに由来する警告機能にもあてはまり¹⁵⁸⁾、しかもたとえ被告人が以前の有罪判決を認めていたとしても〔不利益に用いられてはならない〕¹⁵⁹⁾。したがって、それらの犯行の基礎にある事実関係と行為者の考慮も、持ち出されてはならない¹⁶⁰⁾。実際上は、関与者が満24歳になると同時に、教育簿での記載は、原則として削除されるべき(連邦中央前科簿法第63条第1項) ことが見過ごされることが稀ではない¹⁶¹⁾。

154) 同旨、*Zipf, Festschrift für Tröndle*, S. 439, 444.

155) 事後的に合一刑が形成される場合の抹消期間の開始については、BGH StV 2001, 228 を参照。連邦中央前科簿における抹消は、十分に機能化したコンピュータプログラムに基づいて生じる。実際上、よくある抹消された前科の利用は、通常、公判において古くなった連邦中央前科簿のプリントアウトを利用することによる。これは、すでに捜査の開始時に入手され、それ故、判決が出されるまでに行われるはずの抹消は考慮されない。

156) ところで、証拠評価の際にもまた、不利益利用はできない。BGH StV 1990, 340.

157) BGHSt 24, 379; 25, 64 (65); 28, 338 (340); BGH Beschluss vom 13. Dezember 2005—5 StR 520/05; 利用禁止の例外について、§ 52 BZRG を参照。

158) BGHSt 25, 64 (65); 28, 338 (340); BGH StV 1990, 348.

159) BGH StV 2003, 444.

160) BGH StV 1985, 322: 強盗の罪で罰せられる恐喝を理由とする有罪判決の際に、ありうる獲得物の程度に関する行為者の表象を理由として、犯行態様を抹消された有罪判決から引き出すことは許されない。連邦通常裁判所は、上告審手続において、Sachrüge に基づき、連邦中央前科簿法に定める利用禁止に対する違反を審査した。ここでは手続 rüge のみを理解する方が正しいだろう (G. Schäfer FS Ries 477, 484 を参照)。

161) 例えば、BGH StV 2004, 652 を参照。

371 (4) 現在の手続において、刑事訴訟法第154条、第154 a条により裁判所が他の犯罪行為を除外した場合には、被告人は、信頼保護の理由から、刑事訴訟法第265条を類推して、刑罰加重的な考慮の可能性を指示されなければならない¹⁶²⁾。検察による独立の犯罪行為の打ち切りが生じた場合には、そのような指示は必要ではない。なぜならば、裁判所は信頼構成要件を作り出したわけではないし、検察による打ち切りは、——場合によってはそれどころか他の手続において——その犯行が司法手続において被告人に非難されないという期待を被告人において根拠づけないからである¹⁶³⁾。上告審手続において、この指示をしなかったということは、手続法違反の訴え（手続的異議）（Verfahrensrüge）として主張されなければならない¹⁶⁴⁾。

372 (5) 連邦通常裁判所の比較的古い判例によれば、有罪判決を受けていないが、時効が完成した犯罪行為¹⁶⁵⁾もまた、無制限に考慮することができるという¹⁶⁶⁾。これは、問題がないわけではない。とくに、有罪判決を受けた犯罪行為については、連邦中央前科簿法第51条の利用禁止が、一部には非常に短い削除期間をもって妥当するからである（Rdn. 370）。公訴時効についての法的根拠は、いずれにせよ、時間の経過により要罰性が消滅するということでもあるが¹⁶⁷⁾、この考え方は、量刑にもあてはまる。したがって、その間、確立した判例によれば、時効の成立した犯罪行為は、量刑にとって、完全に非難可能な犯罪行為と（少なくとも）同じ重さをもつものではない。そうでなければ、新たに犯罪を行った行為者において、時効制度は、實際上意味がなくなってしまう¹⁶⁸⁾。とくに時間の隔たりが大きい場合に——意味があるか否か

162) 確立した BGH 判例。さしあたり、BGH NStZ 1981, 100 (*Bruns* の論文 NStZ 1981, 81がある); BGHR StPO § 154 Abs. 2 Hinweispflicht 1; BGH NStZ 2000, 594 を参照。

163) しかし、BGH NStZ 1983, 20 = StV 1982, 523 (*Bruns* の評釈 1983, 15がある): 指示が必要だとする。しかし、本文と同旨、BGHSt 30, 165 (obiter dictum); 詳細は、*Sander StraFo* 2004, 47.

164) BGH NStZ 1993, 501 は、Sachrüge に基づいて利用禁止を審査していた、反対趣旨の以前の判例を放棄した。

165) あるいは、告訴がなく訴追し得ない犯行も。BGH Beschluss vom 11. November 1994—2 StR 539/94. しかし、行為単一の場合に、刑罰加重的に作用するのは、犯行情形であって、それ自体の処罰ではないという。

166) BGH NJW 1987, 3144 (3145); BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 19 m. N.

167) BGH NJW 1985, 1719; *Lackner/Kühl* § 78, 1.

168) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 20 und 24; BGHSt 39, 256; BGH Beschluss ↗

量刑の実務(一)

ということは、第一次的には、事実審裁判所が評価しなければならない¹⁶⁹⁾。したがって、判決文において時効の成立した犯行を刑罰加重的に評価する場合には、裁判所が、時効とそこから明らかとなる量刑法上の諸帰結を意識していたことが明らかにされなければならない。時効の完成した犯行を刑罰加重的に考慮することは、例を挙げれば以下の場合に考えられる。すなわち、一連の犯行が全体として時効にならない時期に及んでおり、そもそもの犯罪の端緒が時効となった時期に存する場合である。この観点は、連続した行為を取りやめた後に¹⁷⁰⁾、一度限りの行動として時効を理由にもはや有罪を言い渡されることがありえない犯行についてとくに意味がある。

373 (6) ドイツ再統一に際して、(検事総長において管理されていた) 東ドイツの前科簿が、連邦中央前科簿に引き継がれた(連邦中央前科簿法第64条 a および第64条 b)¹⁷¹⁾。しかし、法治国家違反の有罪判決や、もはや処罰の対象でなくなった行為に関連する有罪判決の引継ぎは、除外された。引継ぎ可能な犯行と引継ぎ不可能な犯行を理由とする1つの有罪判決が、東ドイツにおいて生じていた場合は、連邦中央前科簿は、なおもっぱら引継ぎ可能な犯行を理由とする有罪判決のみを保管する。東ドイツには、統一的な主刑のみしかなかった(東ドイツ刑法第64条)、連邦中央前科簿が、引継ぎ不可能な犯罪行為をも理由にした1つの有罪判決を記載している場合に、科された刑罰の重さから、被告人の不利には何も引き出してはならない。

その他、量刑の際に、東ドイツでの有罪判決を利用する可能性については、以下のようになる。例えば、国家に対する財産犯、しかしまた、私人に対する財産犯もまた、一部には、非常に重い刑が科されていた。またその執行が、非常に過酷であった。そこから、例えば若者において起こりうるように、これらの事情が安定化を妨げる効果

↘ vom 3. November 1993—4 StR 596/93; BGH Beschluss vom 28. Juni 2005—3 StR 178/05; BGH Beschluss vom 20. September 2005—4 StR 396/05; BGH Beschluss vom 27. Juni 2006—1 StR 224/06; 同旨, *Foth*, Festschrift für Nirk, S. 292, 303; 実務上の疑念として, *Foth* NStZ 1995, 375. 利用可能性について制限を加えないものとして, BGH Beschluss vom 30. Juli 1996—1 StR 407/96.

169) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 22: 30年前に遡る、実の娘に対するあまり程度の重くない性的干渉 (sexuelle Übergriffe) は、孫を被害者とする子供の性的虐待罪での有罪判決に際しても、考慮せずにいることができる。

170) 1994年3月3日の連邦通常裁判所刑事大法廷の決定 BGHSt 40, 138 を参照。

171) ドイツ統一条約の文言において (Anlage 1 Kapitel 111 Sachgebiet C Abschnitt 2 Nr. 2)。

を生んだかを、事実審裁判官は検討しなければならない。これが新たな犯行の原因であった場合、この前歴はそれどころか刑罰軽減的に作用することもある。法治国家的に疑わしい刑とその執行は、被告人に決して刑罰加重的に非難されてはならない¹⁷²⁾。

374 (7) 以上のような他の犯罪行為、有罪判決、公訴提起などが、たとえ手続の対象となっていなくとも、それらが存在することは、公判において厳格な証明の形で認定されなければならないということは、訴訟法上、重要である¹⁷³⁾。もっともその場合には、これらの事実が量刑に関連する限りでのみ、事実を解明するということが十分である¹⁷⁴⁾。そこから、例えば、他の犯罪行為の無価値内容を評価させる認定で足りる。過去の判決に基づいて、過去の有罪判決および過去の犯罪行為を認定するために、過去の有罪判決そのものは、過去の判決を読み上げることによる書証での証明で認定できると、連邦通常裁判所は、基本的に述べている。行為態様が重要となる場合は、判決裁判所が、過去の判決での証明理由を説得的であると考え、訴訟関与者の解明義務または証拠提出がさらなる証拠提出を要請しないときに、判決裁判所は、過去の判決の記述に基づいて、その心証を形成することができる¹⁷⁵⁾。

c) 犯行後の態度

375 法律は、第46条第2項において明文で、量刑に関連する事情として、「行為者の犯行後の態度、とくに損害を回復しようとする行為者の努力、並びに被害者との和解を達しようとする行為者の努力」を掲げる。任意の中止未遂は、行為者が同時に他の構成要件を実現したのでない限り、刑の免除（第24条）に至る。行為者が、その努力にもかかわらず結果を回避できないために、彼の目的を達しなかった場合は、少なくともこの努力が刑罰軽減的に有利に考慮されるべきである¹⁷⁶⁾。

172) BGHSt 38, 71; BGH NStZ 1992, 327.

173) 確立した BGH 判例。さしあたり、BGHSt 43, 106; BGH NStZ 1981, 100; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 13 m. N.; BGHR StPO § 261 Verwertungsverbot 7 を参照。

174) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 13: 量刑の際に考慮するために必要でないのは、後の被害者に不利益にするために、過去の傷害罪を（犯行の時間、場所およびより正確な遂行態様について）、有罪の言渡しの根拠となりうるほどに正確に解明することである。同旨、BGH NStZ 1995, 439.

175) BGHSt 43, 106.

176) BGH bei Holtz MDR 1986, 271; BGH StV 1996, 431.

さらに、重要な観点は、手続における行為者の態度（自白、真実解明への協力）¹⁷⁷⁾であるが、損害の深刻化やさらなる犯罪行為、または逆に刑罰とは無縁の態度、まったく一般的に、犯行後の行状の安定化もまた、そこからの推論が量刑責任に関連する限りで、そうである¹⁷⁸⁾。その他、さらなる犯罪行為または刑罰とは関係のない態度は、予防の側面の下においても重要な量刑事情である。

しかし、実際に端的に許容される防衛活動である態度が刑罰加重的に評価されることはないということは、つねに留意されなければならない（Rdn. 379を参照）。

376 aa) 罪跡の隠滅；獲得物（Beute）の確保；犯行後の飲酒 行為者は、自らの犯行を解明することに寄与することを義務付けられているものではないので、それどころか残忍なやり方で¹⁷⁹⁾ 罪跡を隠滅したこと¹⁸⁰⁾ や、被告人が逃走したこと¹⁸¹⁾ それ自体は、犯罪行為の非難可能性を高めるわけではない。ただし、例えば、行為者がこの態度をすでに犯罪遂行前に計画していた場合には、この限りでないこともある。この事情は、刑罰加重的な観点でもありうる¹⁸²⁾。態度が、犯行に対して責任を高める効果をもつ姿勢を表すものであるときは、同じことが妥当する。例えば、死体の扱いがとくに侮辱的なものである場合である¹⁸³⁾。しかし、これに対して、罪跡除去の目的で死体を燃やしたことは、通常は刑罰加重に十分でない¹⁸⁴⁾。行為遂行の様相が、犯行の遂行を確実にするのに役立つものであるときは、明らかに、犯罪的活動が活性化したという観点の下で刑罰加重的に作用しうる¹⁸⁵⁾。例えば、行為者が、有罪立証

177) 公判時に目指されるべき、麻薬法第31条第1号の意味における真実解明の結果の概念については、BGH StV 1997, 639; NStZ 2001, 42; Beschluss vom 13. Juli 2000—1 StR 230/00を参照。

178) BGH NStZ 1985, 545; 1982, 114.

179) BGH StV 1990, 259; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 17, 18.

180) BGH StV 1989, 12; 1990, 259; 1992, 570; NStZ 1985, 21（熟慮された死体遺棄）; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 13, 17; BGH NStZ-RR 2004, 105（106; 犯行に用いたナイフの廃棄）; BGH Beschlüsse vom 17. Januar 2006—4 StR 422/05 und 423/05; BGH Beschluss vom 3. August 2006—3 StR 247/06（死体遺棄）.

181) BGH StV 1987, 343 = wistra 1987, 176; BGH StV 1989, 59 (LS).

182) BGH bei *Theune* NStZ 1986, 158 Fn. 76.

183) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 11 m. N. BGH NJW 1972, 1758をも参照。

184) BGH Beschluss vom 11. Juni 2002—4 StR 183/02.

185) BGH NStZ 1998, 188; a. A. BGH Beschluss vom 11. März 1997—4 StR 25/97（これについては Rdn. 405 ff. および Rdn. 339 Fn. 73）.

の危険を減少させるために、特別な準備行為（マスクの装着、外見の変更、手袋の着用）を行っていた場合である¹⁸⁶⁾。

377 行為者がその獲得物をとくに丹念に確保し、発見しえないように隠匿し、または、例えば脱税の後もしくは債権者に対する投資詐欺の後、手が届かないようにそれを外国に運んだ場合に、このことは、直接行為責任の推論を許し、非難可能性を高めることがある。

飲酒運転（第315条c, 第316条）に続く犯行後の飲酒は、一種の罪跡隠滅であり、量刑の際に考慮することは許されない¹⁸⁷⁾。事故現場からの無許可離脱罪の後には、別のことが妥当しうる。なぜならば、そこでは、アルコールによる運転不適格についての立証に対する他の交通関与者の利益が保護法益だからである¹⁸⁸⁾。

378 bb) 手続上の態度 手続上の態度は、多くの連邦通常裁判所の判決が示すように、事実審裁判所にとって、明らかに重要な量刑事情である。もちろん、不当なことも多い。なぜならば、訴訟上の態度は、それが法敵対性の表れである場合にのみ、刑罰加重的に考慮しうるからである¹⁸⁹⁾。

379 (1) 被告人は、手続において、真実解明を義務づけられているわけではない。したがって、黙秘と否認は、許容される防禦の戦略であり、それに関連するすべての態度が刑罰加重的に作用せず、この防禦の戦略と矛盾する態度を被告人に要求することはできないという帰結をもたらす¹⁹⁰⁾。このことは、個々の質問に対する黙秘にも、または個々の点すなわち犯行の背後者¹⁹¹⁾ もしくは獲得物¹⁹²⁾ についての黙秘にも妥当する。——全部または一部について——黙秘しまたは否認する被告人に対して、（確定力のある有罪の宣告によるとしても）¹⁹³⁾ 単に彼が否認しているということのみを理由に——たとえ、これが「執拗 (hartnäckig)」であったとしても¹⁹⁴⁾ ——、また

186) BGH NStZ 2000, 586.

187) この点には争いがある。とくに *Tröndle/Fischer* § 316, 11 b.

188) BGHSt 17, 143.

189) 確立したBGH判例。BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 20; BGH StV 1995, 297 を参照。

190) BGH Beschluss vom 9. Mai 2007—1 StR 199/07; 全体として, *Fezer*, Festschrift für Stree—Wessels, S. 663, 683.

191) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 23.

192) BGH NStZ 2003, 199.

193) BGH NStZ 1987, 171; 1993, 77; StV 1989, 199.

194) BGH NStZ 1996, 80.

は、黙秘しているということのみを理由に、以下のように言って非難するのは許されない。すなわち、行為者が聞く耳をもたない¹⁹⁵⁾、反省を示していない¹⁹⁶⁾、被告人が現在犯行を争っているために、前科から「必要な推論」を引き出すことができなくなっている¹⁹⁷⁾、被害者に謝罪していない¹⁹⁸⁾、損害回復をしていない¹⁹⁹⁾、または、損害賠償訴訟において争う姿勢を見せた²⁰⁰⁾、被告人には「改心の意志」がない²⁰¹⁾、被告人は被害者を気の毒に思っていない²⁰²⁾、不利益供述の真实性を不当にも争った²⁰³⁾、被告人が自分の犯行と向き合おうとしていない²⁰⁴⁾、あるいは、さらなる犯行のための裏口を開けておくために、その黒幕の名を言わなかった²⁰⁵⁾ などである。

380 (2) 被告人は、自らが行為者であることを否認したり自らにより有利になるように事実関係を主張したりすることによって、犯罪の責任を他の者に被らせるということとで防禦を行ってもよい²⁰⁶⁾。被告人が他の者を過分に軽んじていない限り、これを刑罰加重的に被告人に負担させることはできない²⁰⁷⁾。たとえ、このために、このように不当にも関与者とさせられた者に未決拘留のような重い不利益が課されたとしてもである²⁰⁸⁾。このような防禦の姿勢が刑罰加重的に評価できるのは、もっぱら、その態度が冷酷な心情もしくは法敵対的な心情を特徴づける場合²⁰⁹⁾、または、被告人が——応訴によるのであれ、証拠提出における事実の主張によるのであれ——その防

195) BGH StV 1981, 122; NStZ 1996, 80.

196) 全体として、BGH NStZ 1985, 545; BGH Beschluss vom 11. September 2001—4 StR—: /01

197) BGH StV 2002, 74.

198) BGH StV 1995, 132.

199) BGH NStZ 1993, 77; StV 1981, 122; 516; 1987, 530; wistra 1987, 251; BGHR § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 3.

200) BGHR § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 1 を参照。

201) BGH StV 1983, 102; 501.

202) BGH StV 1982, 418.

203) BGH StV 1982, 418.

204) BGH StV 1999, 602.

205) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 23.

206) BGH NStZ 2007, 463.

207) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 5, 8 und 10 = NStZ 1991, 181; BGH NStZ 2007, 463.

208) BGH StV 1999, 536.

209) BGHR StGB § 56 Abs. 3 Verteidigung 12; BGH NStZ 1985, 545; 1981, 257.

禦活動によって、第三者の権利に介入する場合、例えば、情を知りながら (wider besseres Wissen) 名誉を棄損する形で証人を攻撃する場合、とくに証人に犯罪行為の濡れ衣を着せる場合²¹⁰⁾ だけである。不利益証人の信頼性に対する攻撃は、それが不利益な事実の否認を超える限りで許容される。たとえ、それにより証人に間接的に虚偽の陳述が非難されるとしても²¹¹⁾。否認以上の攻撃的な陳述をもって、被告人が事情を知りながら他の者について不実で不名誉な事実を主張したときは、その陳述は、法的に保護される防禦の限界を超えたことになる (第193条 [正当な利益の擁護])²¹²⁾。例えば、強姦の行為者が、真実に反して、その被害者にすでに金を与えており、そこで被害者は、その下半身を露わにした後、さらに金を要求した売女だと言った場合に、名誉棄損の態度が認められた²¹³⁾。性犯罪の被害者の信頼性および「道徳的完全性」に対する攻撃が、直接または間接に、被害者の性的態度に焦点を合わせる場合には、そのような攻撃には慎重な配慮を要する²¹⁴⁾。次の例が示すように、そのような攻撃の許容性は、必ずしも一義的に限界づけられるわけではない。

例²¹⁵⁾：刃傷沙汰が起こった後、関与者すべてが警察に行ったところ、被告人は、真実に反して自分は攻撃を受けたと自己弁護をした。後の判決では、彼が虚偽の申し立てをしたために、当初、他の関与者が嫌疑を受け、未決拘留に付されたということをも刑罰加重方向で被告人に負担させた。連邦通常裁判所は、次のように述べて、これに異議を唱えた。被告人が自らの防禦的な申し立ての枠内で、すべての責任を共同被告人に押し付けたとしても、被告人が許される防禦の限界は、なお超えられていない²¹⁶⁾。誰が被疑者で誰が被害者なのかをおよそまず確定するためになされた主張の評価が問題となる場合に、このことは同様に妥当する。被告人の応訴の重点

210) BGH NStZ 1988, 35 = BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 1, 4 und 5; BGH wistra 2007, 341 (342).

211) BGH NStZ 1988, 35 = BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 1; BGH NStZ 2004, 616 (617); BGH Beschluss vom 14. Dezember 2004 — 4 StR 237/04 (Stellen von Beweisanträgen, die die Glaubhaftigkeit der Zeugenangaben erschüttern sollen).

212) BGH NStZ 1995, 78 m. Nachw.

213) BGH NStZ 1995, 78. BGH NJW 2005, 1519 (1520) (犯行と無関係に行われた、公訴参加者が「単発的な売春婦だ」という主張)をも参照。

214) BGHR § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 6 und 9 を参照。

215) BGH StV 1999, 536.

216) BGH StV 1995, 633 を援用している。

は、自らが他の者によりナイフで攻撃されたのであり、その者に傷害を負わせたのは、その防衛の努力と関連していたはずであるという点にあった。刑罰加重的に考慮することができる、自らの責任の否認を超えた、被害者への誹謗的名誉棄損も、許される防禦的態度を超えた法敵対的な心情も、そのような態度に見出すことはできない、というのである。

被告人は、偽証を教唆することは許されない²¹⁷⁾。刑法に関係するやり方でそのきっかけを与えたわけではない場合に、自らの有利な証人の虚偽供述²¹⁸⁾を正すという保証者の義務は、被告人には通常存在しない²¹⁹⁾。そのような訂正を行えば、通常、防禦活動の変更に結びつくことになる。

381 (3) 例えば性犯罪の場合に、犯行によってすでに精神的な被害の結果が、刑事手続の経過における事情聴取によって悪化し、または、被害者に悪化したと感じられた場合には、行為者が包括的な自白を行うことでしか通常はそのような結果を避けることができないにもかかわらず、この事情は、第46条第2項により行為者に帰属可能な結果として刑罰加重的に作用することができる。その場合、行為者に非難されるのは自白をしないことではなく——そのような非難は許されないであろう——、刑事手続の経過により悪化しまたは発生した犯行結果なのであり、このような犯行結果を引き起こした事情聴取が、否認、黙秘によって、またはおそらくそれどころか自白にもかかわらず、必要であったか否かとは関係がない²²⁰⁾。

382 (4) これに対して、公判における厚かましい態度または未決拘留における反抗的態度²²¹⁾は、それぞれ行為責任の推論をほとんど許すものではない。公判、未決拘留、しかしまた刑事手続それ自体が例外的状況なのであり、それは容易に落ち度ある反応

217) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 20.

218) 例えば、証人が虚偽供述をするつもりであるという事情を知りながら、証人を指名することによって。BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 20; BGH NStZ-RR 2004, 106.

219) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 12; Nachtatverhalten 20; BGH StV 1995, 297.

220) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 15 (Hinweis) und 18 unter Aufgabe der a. A. in NJW 1966, 894; BGH Urteil vom 4. Oktober 1994-5 StR 352/94では、未解決にされている。NK-Streng § 46, 58; § 229 [過失傷害]に定める新たな独立の犯罪行為が存在しない限りで、Kölbel ZStW 119 (2007) 334 (358).

221) これについては、OLG Köln StV 1984, 75.

につながるのであって、信頼できる形で人格への推論を許すものではないということ
を、裁判所は決して見過ごすべきでない。

383 (5) 自白は、つねに刑罰軽減的に考慮されるべきである²²²⁾。とくに行われた不法
への洞察から自白が行われた場合は、このことはとくに大きく妥当し、場合によっ
ては、差し押さえられた物の裁判外での没収に同意したという説明は、これを意味し
る。しかしながら、このような内心的な動機が十分に検証されるのは全く稀であるか
ら、「単なる」自白だけでも、基本的に刑罰軽減事由である。とくにこのことは、「策
略的な」自白であっても——限定的に——あてはまる。まず、——場合によっては、
以前には否認していたまたは少なくとも黙秘していた——被告人の自白は、通常、公
開の公判廷で行われるが、それは、相当な内心の決意を必要とするのであり、そこ
から、彼の人格をかなり肯定的に推論してもよい。その上、洞察や悔悟からなされたわ
けではない自白でさえ、法的平和の回復に寄与し、被害者並びに一般人を満足させる
効果を発揮し、さらに、手続の迅速化に寄与することになる。家庭の危機で行った犯
行を以前には争っていた被告人にとって、自らの態度に落ち度があったことをなお認
めることには、かなりの決意を必要とすることがありうる²²³⁾。

384 自白が刑罰を軽減する程度は、次のような場合には、もちろんより小さくなるこ
ともありうる。すなわち、証拠調べが行われた後に初めて自白が出てきた場合²²⁴⁾ や、
訴訟戦術的な全面否認であったことが確実であった場合²²⁵⁾ または無罪の期待ができ
ない証拠状況であることが確実であった場合²²⁶⁾、とくに自白が、まさに証拠状況が
示す限りでは十分であるが、その他の点で被告人がさらに争い、そのため例えば性犯
罪の場合に裁判所での陳述という負担が被害者に避けられない場合である²²⁷⁾。もち

222) G. Schäfer Referat zum 58. Deutschen Juristentag Sitzungsbericht L 59; Hanack
StV 1987, 503; Schmidt-Hieber 83. その限りで、非常に批判的なのは, Bruns
StrZR 593 ff.; 同旨, Grünwald StV 1987, 453.

223) BGH NStZ 2000, 366. 「規範承認」の問題については, Dencker ZStW 102
(1990), 66 を参照。

224) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 7.

225) BGH NStZ-RR 2007, 232; BGH StraFo 2007, 341.

226) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 3 und 7; とくに, 行為者が
(価値の高い) 獲得物の保管場所について自供しなかった場合について, BGHR
StGB § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 20.

227) BGH Urteil vom 15. April 1992—5 StR 152/92—同判決は, BGHR StGB § 46
Abs. 2 Verteidigungsverhalten 7 を援用する。

ろん逆に、他の犯行全体について否認しているからといって、自白に刑罰軽減効果をその者に否定することによって、自白が量刑にとってその意味を失うということになってはならない²²⁸⁾。

385 もっとも、自白がある場合に大きく刑罰を軽減する一般的慣行があるということは、争うことで防禦を行おうとする可能性を侵害することはありうるし、この点には一定の危険があるかもしれない²²⁹⁾。しかしながら、立法者が第46条第2項、第46a条へ、損害回復および加害者と被害者との和解をめぐる努力を明文で量刑事情として取り入れたということで、立法者がこの帰結を是認したのである。しかし、これら2つの量刑事情は、通常、自白を行った被告人にのみ可能である。それとは別に、被告人が後になって初めて知った包括的な書証を理由にして、刑事訴訟法第265条第4項に定める延期を要求する可能性を利用できる場合は、刑罰軽減的に評価されうる²³⁰⁾。

386 (6) 真実解明のための協力は、たとえ麻薬法第31条の領域では真実解明の任意性(Bereitschaft)が必要とされ²³¹⁾、または、他の理由から第49条第2項に定める刑の軽減が行われなかったとしても、——麻薬犯罪の領域を超えて——いずれにせよ刑罰軽減的に考慮されるべきであるという一般的な法思想から、麻薬法第31条は引き出される。したがって、行為者が彼の犯行に関与した他の者について陳述した場合や、証明の対象、例えば犯行から獲得した物がどこにあるかを明らかにした場合は、通常刑罰軽減的に評価しうるものであろう。例えば、被告人の供述によって、関与者の逮捕が可能となったときは、たとえこの犯行への寄与が捜査機関にすでに知られていたとしても、麻薬法第31条第1号の要件は充足されている²³²⁾。

387 cc) 損害回復および加害者と被害者との和解 被害者保護法(Opferschutzgesetz)は、第46条第2項を補足し、損害を回復する努力と並んで、まず第1に、被害者との和解をめぐる行為者の努力がさらなる量刑事情として加えられている。1994年10月28日のいわゆる犯罪対策法(Verbrechenbekämpfungsgesetz)²³³⁾は、さらなる展開を

228) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 3.

229) Bruns StrZR 595; 第58回ドイツ法律家会議での所見B (Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag) 110頁におけるシューネマンの批判の根源も、この点にある。

230) BGH NJW 2006, 925 (928 f.).

231) BGH StV 1987, 487 = MDR (H) 1987, 981.

232) BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 29; BGH StV 2001, 462 をも参照。

233) BGBl. I 3186.

もたらした。新たに加えられた一連の規定により、犯罪被害者の利益によりいっそうの重要性が付与されることとなったとされる。

388 現在、第46 a 条によれば、加害者と被害者との和解がなされた場合に、裁判所は、刑罰を軽減できるのみならず、第49条第1項によりすでに刑罰枠を軽減し、または、科された刑罰（この概念については Rdn. 426）が1年以下の自由刑である場合もしくは360日以下の罰金刑の場合に、行為者が加害者と被害者との和解をめぐる努力において「自らの犯行」の全部もしくは大部分を損害回復し、または、それに向けて真剣に努力したときは、それどころか刑が免除されうる（第46 a 条第1号）²³⁴⁾。——とくに財産犯の場合に——行為者が、個人的な給付または個人的な放棄を行い、被害者に少なくとも大部分の填補を行う損害回復がうまくいった場合も同じことが妥当する（第46 a 条第2号）。したがって、規定上、行為者が個人的な給付をすでにもたらし、または、真摯にもたらそうと意欲したことが要件とされている（これについて詳細は Rdn. 547 以下を参照）。行為者の努力は、処罰される自らの態度に対する責任を引き受けることの表現でなければならない²³⁵⁾。規定の適用は、被害者において法人が問題となることを妨げるものではない²³⁶⁾。

第46 a 条によれば、刑の免除または刑罰枠の引下げが考慮されない限りで、損害回復および被害者との和解をめぐる努力——双方とも、性質上、自白をした行為者に可能である——は、一般的な量刑の基本原則に従い、刑罰軽減的となる。

いずれにせよ、否認している被告人または黙秘している被告人においてこれらの努力をしなかったということが、刑罰加重的に作用することはできないし、許されないということは、すでに言及した（Rdn. 379 以下）。しかし、自白した被告人にそのような努力の懈怠を非難することができるかは、まったく疑いがないわけではない。ともかく、連邦通常裁判所第1刑事部は、粗暴犯および性的自己決定に対する罪の場合に、加害者と被害者との和解が成功したといえるための要件として、通常、自白を要

234) 行為者が例えば公判において、和解の方法で被害者に対して相当程度の慰謝料を支払う義務を負った場合には、同規定の要件が存在するのは当然である。BGH StV 2001, 230 を参照。BGH StraFo 2004, 176 をも参照。加害者と被害者との間で必要とされるコミュニケーション・プロセスについては、BGH NStZ 2006, 275 und BGH Urteil vom 13. Februar 2007—1 StR 574/06.

235) BGHR StGB § 46a Wiedergutmachung 1 und 5 m.w.N.; BGH NStZ 2001, 200; BGH NStZ 2003, 29 (30).

236) BGH NStZ 2000, 592 (593): Land Baden-Württemberg.

求する²³⁷⁾。いずれにせよ、それとは別に、被告人が——それをするつもりがあるにもかかわらず——そもそも損害回復しうる経済状況にあるか否かを丹念に検討しなければならない²³⁸⁾。

389 dd) 新たな犯行 現在、判断の対象となっている犯罪行為の後に行われた、新たな犯罪行為は、同様に、行為者人格を解明するのに適している。これが妥当するのは、過去の犯行の場合と同じであり、この新たな犯罪行為が確定的に認定されたか否かとは別である。ここでもまた、犯罪行為相互の刑事学的関連があり、新たな犯行が、例えば、現在、判断の対象となっている犯罪の行為者の法敵対性またはその他の是認しえない内心的態度を示すことが必要である²³⁹⁾。この新たな犯罪行為は、(起訴されなかった過去の犯罪行為や有罪判決を受けなかった行為と同様に) 刑事訴訟法に則して認定されなければならないのは明らかである(これについては、Rdn. 374を参照)。

例：設備投資詐欺に対する手続において、行為者が、被害者の買い足しに対して、価値のない古い設備の「買付」を通じて、新たな会社の下で、被害者に新たに詐欺を働いたということが証明された。そのような態度は、最初の犯行に新たな見方を提供する。

390 ee) 生活関係の安定化 生活関係が良い方向に安定したということが犯行後に生じたことは、犯行が一度きりのものであり、年齢または発育に条件づけられた段階の最後に行われたということを示す。第46条第1項第2文の予防的側面の下において、このような事情がさらに他の意味をもつかは、なお検討されるべきである(Rdn. 475)。この観点は、最近の判例において重要となっている²⁴⁰⁾。

(岡上雅美)

237) BGHSt 48, 134 (140 ff.) = NStZ 2003, 365 (366) (*Dölling/Hartmann* の評釈 NStZ 2004, 382 がある); BGH NStZ 2003, 199 (200) をも参照。

238) BGH NJW 1992, 1118 (1119); BGH NStZ 1993, 77 = StV 1993, 242 = BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 19.

239) BGH NStZ 1998, 404; BGH bei *Theune* NStZ 1986, 158 Fn. 79; BGH wistra 2002, 21.

240) BGHR StGB § 177 Abs. 1 Strafzumessung 12 m. N.

Ⅲ. 二重評価の禁止 (Doppelverwertungsverbot)

391 第46条第3項によれば、量刑においては、「既に法定構成要件のメルクマールとなっている諸事情」²⁴¹⁾は考慮されてはならない。というのも、立法者は、可罰的態度の構成要件該当性を記述し、そこに法定刑を結び付けることによって、一定の構成要件のあらゆる実現について一般的に妥当する刑の量定 (Strafhöhenbemessung) を既に行っているからである。それ故、二重評価の禁止は、文言を超えて、構成要件メルクマール自体 (Rdn. 392 以下) だけでなく、その他の法定刑を決める諸事情 (Rdn. 400 以下) にも妥当し、そして、特定の法益の保護の為に各々の刑罰構成要件を導いた刑事政策的な基本思想 (Rdn. 404) にも妥当するのである²⁴²⁾。しかし、同時にそこから明らかになるのは、二重評価の禁止は、量刑において、結果無価値や行為無価値の領域で個人の行為責任に応じた段階付けを考慮に入れることを禁止するものではない、ということである (Rdn. 396 参照)²⁴³⁾。

1. 構成要件メルクマール

392 上記の説明によれば、構成要件に該当する態度それ自体は、当然ながら有効な量刑理由たり得ない。それにもかかわらず、この点においては、繰り返し間違いが起こっている。以下では例を挙げてこれを説明しよう。

a) 法定構成要件メルクマール

393 過失致死ないし故殺において、人の殺害は刑罰を加重するものとしては作用し得ない。というのも、「生命」という法益の保護は、第222条 (過失致死) ないし第212条 (故殺) の法定刑を決めるにあたって既に考慮されているからである。加えて、故殺の構成要件は、故意による犯行の遂行を前提とする。従って、行為者が直接故意で

241) ここでの「諸事情」という立法者の用語は、犯罪行為の法定構成要件メルクマールがそこに見出されうるものであると考えられるが、その用語への批判については、Hettinger, GA 1993, 1 (8) を参照。

242) 類似の見解として、Schall/Schirmacher Jura 1992, 624 (626) は、「裁判官による量刑を通じた考慮からは、立法者がその類型評価につき基礎に置いていた、そしてその限りでの全ての要素が引き離される」とする。

243) 学説からは、Hettinger GA 1993, 1; Schall/Schirmacher Jura 1992, 514 und 624; Bruns JR 1980, 226; Neumann StV 1991, 256 Anm. zu BGHSt 37, 153 (避妊具なしでの性交) が挙げられる。

行動したという事情は、それ自体で刑罰を加重するものであると考えられてはならないのである²⁴⁴⁾。同様に、性的強要(強姦)の行為者が「些細なものとはいえない暴行を行った」という事情を、刑罰加重事由とすることは許されない²⁴⁵⁾。なぜなら、構成要件が暴行を用いることを前提としているからである。同じことは、行為者が麻薬の取引の際に営利目的で、あるいは、業として行ったという事情を考慮することにも妥当する²⁴⁶⁾。というのも、そのことは「取引」という概念の前提であるからである。174条1項3号(18歳未満の子供に対する性的虐待)によって有罪判決を受けた際に、行為者が「彼の娘の犠牲の上で自己の性的満足を得ようと」²⁴⁷⁾行ったということは、彼に不利益に考慮されてはならないのである。

394 行為者が、可能であったのにもかかわらず、犯行を中止しなかった²⁴⁸⁾、あるいは、行為者が(故殺の終了未遂の後に)救助を呼ばず、そのために犯行が既遂に至った²⁴⁹⁾という非難がなされる場合の二重評価の禁止は、あまり明確にされていない——そしてそれ故しばしば間違いの元となる。なぜなら、行為者は、やはりまさに既遂となった犯行につき非難され、そして、彼は犯行が既遂であることが予定されている法定刑によって処罰されるからである。

395 同じ理由から、基本的に構成要件に該当する態度ないし構成要件に該当する結果のみを特徴付ける評価も二重評価の禁止に服する。例えば、殺人罪において、行為者を次のような事情で非難することは許されない。すなわち、彼が犯行において、意図した死を実現するために必要な暴行を用いたに過ぎないのに²⁵⁰⁾、彼がその被害者を数分間にわたり首を絞めたことで非難すること、彼が他人の生存権をないがしろにした²⁵¹⁾、あるいは、無条件に殺害する意図で被害者の生き残る可能性をなくした²⁵²⁾

244) BGH Beschluss vom 13. September 2000—2 StR 358/00—unter Bezugnahme auf BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 3, 4 und 6.

245) BGH Beschluss vom 21. November 2000—4 StR 489/00.

246) BGH std; vgl. nur BGH StV 1981, 72 und 123 (124); BGHR StGB § 46 Abs. 3 Hadeltreiben I und 2.

247) BGH Beschluss vom 19. Januar 2005—2 StR 513/04.

248) BGH NStZ 1983, 217; StV 1996, 259; s. auch BGH NStZ-RR 2007, 194; BGH Beschluss vom 19. Dezember 2007—2 StR 457/07.

249) BGH NStZ 1984, 358; BGH NStZ-RR 2003, 41.

250) BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 6.

251) BGH StV 1982, 167.

252) BGH bei Theune NStZ 1987, 163.

という事情である。次のような事情を考慮することも46条3項に違反する。すなわち、行為者が盗品等罪の行為者として本犯者に盗品の処分可能性を開いた²⁵³⁾、加重強盗(250条2項1号)の場合に、「被害者に対してつきつけられた要求を強調するために」「ナイフを使用」した²⁵⁴⁾、詐欺や脱税において法的義務に違反した²⁵⁵⁾、あるいは、教唆を理由として有罪判決を受けた者が「犯行の起動者」であった²⁵⁶⁾、という考慮である。同じように、幫助において、幫助者が犯行を促進したことは、加重的に作用してはならない。もっぱら性的自己決定に向けられた犯罪行為の場合、次の様な事情は、単独では、刑罰加重的に考慮されることが同様に出来ない。すなわち、行為者が被害者の意思を暴行または脅迫を用いて抑圧し、それによって被害者を性の客体に貶めた²⁵⁷⁾という事情である。

396 しかしながら、これら全ては、構成要件実現における量的ないし質的段階付け²⁵⁸⁾を、あるいは、構成要件の既遂を越える²⁵⁹⁾行為態様を、具体的刑罰の量定において引き合いに出すことを排除しないのである。従って、次のことは考慮されて良いし、そしてされなければならない。すなわち、例えば、211条以下の場合には、一つの行為による複数人の殺害ないし傷害、殺害の方法と態様²⁶⁰⁾、223条以下における傷害の重さ、224条1項2号(危険な傷害)における武器ないし他人を危殆化する道具がもつ多かれ少なかれ重大な危険性、強姦において用いられた暴行が特に重いこと²⁶¹⁾、そ

253) BGH StV 1982, 567.

254) BGH Beschluss vom 10. Mai 2007—5 StR 96/07.

255) BGH bei Theune NStZ 1987, 164.

256) BGH StV 2002, 190.

257) BGH bei Pfister NStZ-RR 2000, 363 unter Hinweis auf BGHR StGB § 46 Abs. 3 Vergewaltigung 1; BGH Beschluss vom 11. September 2001—4 StR 321/01; BGH Beschluss vom 15. Oktober 2003—5 StR 394/03; BGH Beschluss vom 11. August 2004—2 StR 224/04; s. auch BGH Beschllss vom 25. Oktober 2000—3 StR 370/00.

258) BGHSt 37, 153 (154) zum ungeschützten Geschlechtsverkehr.

259) BGHSt 37, 153 (154).

260) このことは既に第211条(謀殺)と第213条(犯情があまり重くない故殺の事案)から読み取られる。従って、第212条(故殺)の刑罰枠の中では、謀殺による加重が達成された諸事情に加重的に作用することは全くないし、それに対して第213条第1選択肢の前提条件が達成された諸事情に減輕的に作用することも全くない。

261) BGH NStZ-RR 2002, 136 (137).

量刑の実務(一)

これらの様々な実行²⁶²⁾ならびに詐欺の種類や脱税における脱税された税の高さ、である。行為者が一つだけでなく複数の構成要件メルクマールを満たしていたという事情も、このメルクマールが非難の基準にとってそれぞれ独立の意味を有する場合には、加重的に作用し得る。これは、例えば、危険な傷害の種々の遂行ヴァリエーションにつき認められるだろう。複数の謀殺メルクマールの実現においては、このことは、連邦憲法裁判所決定86巻268頁 (BverfGE 86, 268) によって事実審裁判官に委ねられているところの、責任が特に重大であること (57条 a (無期自由刑における残刑の執行猶予) に関する決定につき、しばしば誤りとなる。行為者が、強盗を犯すことが出来るように、殺した場合には、強欲メルクマールと犯罪行為を可能にするということが交錯する一方で、同時に、低劣なあるいは残虐な行為は責任を高めるのである。176条 a 1項 (子供に対する重い性的虐待) により被告人が有罪判決を受けた場合は、加重構成要件 (Qualifikationstatbestand) の適用をそれがあってはじめて可能にする前科は、量刑の枠内で彼に不利に考慮されてはならない。このことは、次の様な観点の下でだけ、例外的に許される。すなわち、例えば、行為者が数年のそして執行を終えた自由刑を言い渡されていたが故に、そこに特別の警告機能が適する^{263) 264)}、という観点である。関連する前科が複数ある場合には、これもまた考慮されても良いのである²⁶⁵⁾。

- 397 一つの構成要件が複数の異なる重さの行為態様につき同じ法定刑を科している場合、構成要件メルクマールも重要性を持ち得る。というのも、当該犯行が法定刑枠のどの辺りに位置するのかを判断する際には、行為者が特に重くなる方の種類の行為態様で構成要件を実現したのかの、それとも、軽くなる方の種類だったのかということが考慮されなければならないからである。このことは、例えば、交通における酩酊の際に、明らかになる。316条 1項と 2項 (交通における酩酊) は、それが故意により行われた場合と過失により行われた場合とで同じ刑罰枠を予定しているのである。
- 398 最後に、観念的競合において、他の法益侵害が刑罰加重的に考慮される場合は、二重評価の禁止に抵触しない。例えば、詐欺の行為者が偽造文書によって欺罔した場合に (263, 267条)、行為者が詐欺の実行のためにさらなる可罰的行為を行ったとい

262) BGH Beschluss vom 7. Miirz 2007—2 StR 42/07.

263) BGH NStZ 2002, 198 (199).

264) BGH Urteil vom 14. August 2007—1 StR 201/07.

265) BGH NStZ-RR 2004, 71; BGH Urteil vom 14. August 2007—1 StR 201/07.

うことは、刑罰加重的に考慮されて良いのである。

b) その他の不法を根拠づけるメルクマールと責任を根拠づけるメルクマール

399 46条3項の二重評価の禁止は、その他にも、法定構成要件メルクマール自体だけでなく、その存在が処罰を初めて許容する、その他の不法を根拠づけるメルクマールや責任を根拠づけるメルクマールにも妥当する。それ故、量刑において、「その犯行が正当防衛上必要ではない」(32条)、従って違法であった²⁶⁶⁾という事情は、行為者に不利益に考慮されてはならない。

2. 法定刑を決める諸事情

400 法律に規定されている、基本構成要件を独立に加重するあるいは軽減するものではないが、それにも関わらずそこに含まれる法定刑の変更を導く諸事情には、一つには、特に重い場合ないし比較的軽い場合(各則で異なる法定刑が規定される)(Rdn. 401以下)が、更に、いわゆる類型化された減輕事由(vertyppte Milderungsgründe)が属する。以上のことから法定刑を定めるだけのこの諸事情は、原則的に構成要件メルクマールと同様に扱われ得る。その諸事情は、次のような理由から、構成要件メルクマールの様に一般的量刑の基準として除外されるのである。すなわち、個別の法定刑の前提条件から導かれる、一般的に高められた無価値ないし減少した無価値は、まさにこの個別の法定刑の適用によって既に評価しつくされているという理由である。

a) 特に重い場合と比較的軽い場合

401 aa) 法定加減事例(Regelbeispiel) 特に重い場合 このことがまず妥当するのは、法定加減事例のうち特に重い場合である。これは、特に重い場合が肯定される時には²⁶⁷⁾、構成要件メルクマールの様に扱われ得る。そこから、行為者が業として詐欺を行った(263条3項2文1号)²⁶⁸⁾ないし麻薬の取引を行った(麻醉剤法29条3項2文1号)²⁶⁹⁾、または窃盗において錠を壊した(243条1項2文2号)²⁷⁰⁾ということにのみ存する、犯行での行為の特別の強度(Intensität)は、まさにこの理由により

266) BGH StV 1997, 519 を参照。

267) BGHR StGB § 46 Abs. 3 Regelbeispiel 1; BGH StV 1993, 521; Tröndle/Fischer § 46, 82.

268) BGH NStZ-RR 2005, 374 (375).

269) BGHR StGB § 46 Abs. 3 Regelbeispiel 1.

270) BGH StV 1993, 521.

特に重い場合が認められる場合には、さらにそれを超えて刑罰を加重するものとして評価されてはならないのである。もっとも、——構成要件メルクマールの場合と同様に——通常事例の実現を修正することは考えられ得る。従って、例えば侵入窃盗の際には、行為者が障害を克服する(行為の)強度が問題とされるのである。同時に複数の法定加減事例が成立する場合は、同じく、刑罰加重的に評価され得る。ただし、特に重い場合が、複数の事例群が実現されたが故にのみ、全体評価の枠内で認められる場合は別である。

法定加減事例が存在するにもかかわらず、特に重い場合が否定される時には、法定加減事例の存在は、一般的な量刑事情として加重的に評価され得る。

402 bb) 内容の明確な定めのない特に重い場合と比較的軽い場合 内容が明確に定められていない(例えば263条3項1文における詐欺の)特に重い場合あるいは(例えば177条5項に当たる強制わいせつの)比較的軽い場合が成立するかどうかは、量刑上重要な事情の全体評価によれば通常の法定刑と特別な法定刑とのいずれの適用が必要であると思われるか(Rdn. 579と597)によって決定される。法定刑枠の中に具体的な犯行を位置づける際には、全ての量刑上重要な諸事情が新たに考慮されるので、ここでは、二重評価禁止の問題が、法定加減事例の場合と同じ形で生じる。例えば詐欺において、特に手の込んだ欺罔が存在する場合、特に重い場合を認める方向に作用するかも知れない。この事情が、特に重い場合についての特別な法定刑の枠の中に具体的な犯行を位置づける際に、新たに考慮されて良いのかどうかは、その事情が特に重い場合との関係でどの程度の重さを有していたのかに依存する。欺罔の重さが、特に重い場合を認めるのに必要な程度をさらに超えている場合には、欺罔の態様を特別な法定刑においてさらに加重的に考慮するという余地がまだ残っているのである。同じことは、減輕する場合にも妥当する。

b) 類型化された減輕事由

403 二重評価の禁止は、いわゆる類型化された減輕事由(Rdn. 505以下)にも妥当する。それは、49条による法定刑の変更を強制的ないし任意的に導くものである²⁷¹⁾。27条2項2文(従犯減輕)や28条1項(一身専属的メルクマールが欠けている場合の減輕)、30条1項2文(共犯の未遂の減輕)の様に必要的減輕が存在する場合、あるいは、13条2項(不作為による遂行)、17条2文(禁止の錯誤)、21条(限定責任能力)ならびに23条2項(未遂の可罰性)の様に任意的減輕が問題となる場合、すなわ

271) Tröndle/Fischer § 46, 82.

ち減軽事由によって法定刑が変更する場合には、この事情はそれ自体で評価し尽くされている。しかし、このことは、構成要件メルクマールや特に重い場合についての法定加減事例と同様に、類型化された減軽事由の態様を、減軽された法定刑の中で減軽的ないし加重的に考慮することを妨げないのである。

例：故殺を企てたものの結果が生じなかった場合には、結果無価値とともに、量刑責任の重要な構成要素が欠けることになる。従って、212条の法定刑は、23条2項を介して49条（特別な法律上の減軽事由）によって、しばしば減軽される。しかし、このことは、次のことを排斥しない。すなわち、行為者が犯行を異常に入念に準備し、それ故、結果が全く異常な偶然によってのみ生じなかったということを、減軽された法定刑の中で加重的に評価すること、あるいは反対に、遠大とは言えない計画によって未遂にとってのあらゆる危険性が欠けているということを、減軽された法定刑においてさらに減軽的に評価することである。

3. 規定の立法理由

404 規定の立法理由、つまり、構成要件の創出を導く刑事政策的基本思想は、同様に二重評価の禁止に服し、従って、量刑においては考慮されてはならない。

とりわけ、個々の特定法益がそれぞれ特別な保護を必要とするという——よくある——考慮は許されない。例えば、供述犯罪における司法、殺人罪や傷害罪における身体の完全性、性犯罪における性的自己決定²⁷²⁾、子供に対する性的虐待における阻害されない性的発達（育成）²⁷³⁾、破産犯罪における債権者の保護、薬物犯罪における中毒者の苦しみや中毒になること、特に、麻醉剤法29条 a 1項1号（未成年者への麻薬提供）における少年の保護の必要性²⁷⁴⁾、脱税における社会侵害性、処方箋を必要とする薬の販売における他人の健康²⁷⁵⁾、315条 b（道路交通への危険な侵害）や315条 c（道路交通の危殆化）、316条における道路交通の安全、事故現場からの逃走における事故の相手方の経済的利益²⁷⁶⁾、ならびに、通貨偽造における貨幣流通の機

272) 例えば、BGH StV 1987, 62; BGH Zheune NStZ 1987, 164; BGH NStZ-RR 2004, 41 (42).

273) BGH StV 1987, 146.

274) BGH Urteil vom 14. November 2001—3 StR 352/01; BGH Beschluss vom 9. Januar 2003—4 StR 467/02.

275) BGH NStZ 1982, 113.

276) BayObLG DAR 1984, 238.

能性²⁷⁷⁾である。

4. よくある犯行結果ないし行為態様

a) 問題

405 争いがあるのは、どのような範囲でよくある、ある程度犯行に典型的な行為態様や犯行結果が二重評価の禁止に当たるのか、すなわち、どのような範囲でそれらが量刑において考慮されてはならないという帰結が導かれるのか、という問題である。実際、連邦通常(最高)裁判所の判例は、長い間この場合に46条3項を適用してきた。構成要件実現の「通常の場合」というイメージが連邦通常裁判所の基礎にあったのである。それ故、例えば、次のことが認められることになる。すなわち、強姦(177条2項)の構成要件によって把握される不法の通常発現形態に属するのは、性交が射精に至るまで避妊具なしで(ungeschützt)行われる²⁷⁸⁾ということであり、その結果、それに関連するすべての結果(妊娠の危険、病気に罹患する危険)が考慮されてはならないことになる。なぜなら、それらは、立法者によって法定刑を定める際に既に考慮に入れているからである。同様のことが加重強盗にも妥当する。被害者が本物の銃器を突きつけられて脅迫される(250条2項1号)あるいは偽物の凶器を突きつけられて脅迫される(250条1項1号b)ことによって死の恐怖に陥った場合、このことは量刑法上考慮されないことになる。というのも、脅迫の実効性は構成要件の既遂にとっての前提条件であるからである²⁷⁹⁾。

b) BGHSt 37, 153 (連邦通常裁判所刑事判例集37巻153頁): 規範的法定加減事例はない

406 ところで、規範的法定加減事例というものは存在しない。このことを大刑事部は説得的に述べている²⁸⁰⁾。それ故、連邦通常裁判所第1刑事部は、この点を徹底させて従来の判例から方向を転換し、旧177条aが問題となった強姦(避妊具なしでの性

277) BGH bei Theune NSStZ 1987, 494.

278) BGH NSStZ 1985, 215; aufgegeben auf Anfrage des I. Strafsenats: vgl. BGHSt 37, 153.

279) BGH BGHR StGB § 250 Abs. 2 Wertungsfehler 2, しかし、例えば BGH NJW 1990, 2570 は別様に判断する。

280) BGHSt 34, 345 (351); これについて批判的なのは Lackner/Kühl § 46, 32; Schakk/Schirmacher Jura 1992, 625; Hettinger GA 1993, 1, 10 ff.; それぞれ同所掲の参照文献と共に。

交)の事例で、次のように決定を下した²⁸¹⁾。すなわち、二重評価の禁止に服するのは、構成要件の既遂の前提条件となっている諸事情だけである、と。当時の法によれば、それは、強姦においては膣の前庭への陰茎の挿入であった。さらにそれと結び付けられる諸事情は——例えば、膣への完全な挿入、挿入の長さ、避妊具あり又はなしでの性交、射精 (immision seminis) ——、確かに強姦の通常の場合では生じ得るが、しかし、その量刑の重要性では、その諸事情は評価し尽されているものではない。というのも、それは行為の構成要件該当性の前提条件ではないからである。このことは、177条2項1号の強姦の新規定によって、例えば、妊娠の恐れや HIV 感染の恐れという観点について問題なく妥当する。それによれば、膣への挿入と並んで、その他の挿入に伴うそれ以外の性的行為も強姦として把握されるのである。

407 しかし、構成要件上の行為を超える諸事情が個別事例において重要であるかどうかは、次の様な観点の下で、特別の判定を必要とする。すなわち、これら諸事情が規範の目的に関わりを持つどうか、そしてそれ故に、行為者に対し高められたあるいは減輕された非難がされ得るかどうか、という観点である。それによれば、避妊具なしでの性交や射精は、妊娠の危険や危険な病気 (エイズ) に感染する危険が現実的にある場合には、重要性を持ち得るのである²⁸²⁾。もちろん、このことは、この方向で行為者を精密に調査することを前提とはしていない。なぜなら、こうした結果を被害者が恐れなければならないということだけで量刑上重要な事情としては既に十分であるからである²⁸³⁾。

c) BGHSt 37, 153 以降の展開

408 この間、連邦通常裁判所第1刑事部はその判例を維持し、強盜的恐喝未遂の事例で、死の恐怖を刑罰加重的に考慮することを是認してきた。その根拠は、255条 (強盜的恐喝)、249条 (強盜)、250条 (加重強盜) は、身体の完全性に対する脅迫でもって既に満たされ、そしてそれ故、46条3項は、「脅迫の種類や程度を特徴づける」に過ぎない「考慮」には関わらない²⁸⁴⁾、という点に求められる。従って、174条1項3

281) BGHSt 37, 153 (154) = StV 1991, 155 m. Anm. Neumann = JZ 1991, 932 m. Anm. Grasnick; dazu Hettinger GA 1993, 1ff.; Schall/ Schirmacher Jura 1992, 514 und 624.

282) BGHR StGB § 177 Abs. Strafzunlessung 10; BGH NStZ 1999, 505.

283) BGH NStZ 1999, 505.

284) BGHR StGB § 253 Abs. 1 Konkurrenzen 2.

号による被保護者に対する性的乱用の場合、依存関係の具体的な形成も有用な量刑事由である²⁸⁵⁾。というのも、この依存関係は、その場合には、構成要件メルクマールや構成要件の遂行の前提条件ではないからである。もっとも、この関係においては、次のことが指摘される。すなわち、量刑上重要な結論が引き出され得るかどうか、そしてどの程度引き出され得るかということは個別事例の問題である、ということである。従って、子供が行為者に対し犯行に至る何らのきっかけも与えていなかったという事情も、一貫して、有効な量刑事由とみなされることになる²⁸⁶⁾。

409 連邦通常裁判所の第2刑事部は、強姦の事例で、避妊具なしでの性交を刑罰加重的に考慮することについて、BGHSt 37, 153を共通して参照しながら、ある時は、行為者が、被害者とかつて恋人関係にあったので、被害者が自ら避妊対策をしているということを前提としている、という理由から異議を唱え²⁸⁷⁾、そしてまたある時は、この場合には、行為者に対して、彼の行動でもって高められた責任非難がなされうる、という理由から異議を唱えなかった²⁸⁸⁾。行為者がコンドームなしで肛門性交を行ったという事情では、第2刑事部は、それにより病気の感染が高まったために、許される刑罰加重事由であると見ていた²⁸⁹⁾。麻薬を業とすることは他の人間への販売を「典型的に」含んでいるので、被告人が「他の人間をも自分の犯罪行為に巻き込」んだという事実審の考慮は、46条3項に反するものとして評価されるのである²⁹⁰⁾。

410 第3刑事部も、第1刑事部に従っているように思われる。第3刑事部は様々な決定において——BGHSt 37, 153における根拠づけに従って——次のことを考慮している。すなわち、量刑上重要とみなされる態度が「構成要件の実現に必要なものを越えて」²⁹¹⁾ いるかどうか、である。そしてそれ故、強制わいせつの事案での被害者を貶

285) BGHR StGB § 174 Abs. I Strafzumessung 2.

286) BGHUrteil vom 21. September 1993—1 StR 384/93.

287) BGHR StGB § 177 Abs. 2 Strafzumessung 10.

288) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 19.

289) BGHR StGB § 177 Abs. 1 Strafzumessung 14.

290) BGHR StGB § 46 Abs. 3 Handeltreiben 5.

291) 強制わいせつの事案における貶める行いについては Detter NStZ 1993, 475 における BGH Urteil vom 14. April 1993—3 StR 19/93—を、強盗の事案における偽物の凶器が用いられた際の死の不安については BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 5 を見よ。

める行い²⁹²⁾ や強盗の際の客観的には危険ではない武器の使用における死の不安²⁹³⁾ を許される量刑事情として明確に特徴づけ、それと矛盾するこれまでの判例²⁹⁴⁾ に疑念を表明したのである。

411 第174条第1項第3号についての第1刑事部の決定 (Rdn. 408) に対して、第4刑事部は²⁹⁵⁾、次のように述べて異議を示している。すなわち、被保護者に対する性的乱用を理由として有罪判決を下した際に、性的乱用の構成要件のヴァリエーションの中で、「被告人の態度によって家族が破壊され、彼の娘との信頼関係が最大限に損なわれた」という事情を刑罰加重的に考慮することは、46条3項に反する。というのも、構成要件の通常の付随現象が問題になっているからである、としたのである。第4刑事部は、刑法典323条c (不救助) についても同様に述べている。この構成要件では、行為者は、通常無関心に、そして——その限りでそれ自体が明らかに疑わしいテーゼであるが——冷酷に行動しているとされる。そのため、この事情は量刑では考慮されてはならないというのである²⁹⁶⁾。行為者が欲望を満足させる為に銀行や郵便局を襲撃し、その際第三者が必然的に巻き添えにされることは通常の事例であるので、この事情でも刑罰を加重する効果は否定されることになる²⁹⁷⁾。しかし、第4刑事部の多くの近年の決定によると、初期の見解からの転換が示唆されている。すなわち、子供に対する性的乱用において、「被告人が家族を破壊」したという加重的な考慮に対して、——初期の判例が明確に課題にしていた——加重強盗の場合に、行為者の変装を高い犯罪的エネルギーの表現と考える²⁹⁸⁾ ことと同様に、異議が唱えられなくなったのである²⁹⁹⁾。

292) BGH Urteil vom 14. April 1993—3 StR 19/93—bei Detter NSStZ 1993, 475.

293) BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 5.

294) 強盗については BGH StV 1991, 106 (107); 1993, 241; BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 3; § 250 Abs. 2 Wertungsfehler 2 を参照。

295) BGH StV 1994, 306; 両方の判決と時間的に近かったが故に、おそらく1993年11月9日の第1刑事部の判決を知らなかった。しかし、現状は BGH NSStZ 1997, 337 (338) を参照。

296) BGH Beschluss vom 11. Januar 1995—4 StR 750/94.

297) BGH NSStZ-RR 2000, 106; s. auch BGH NSStZ 2002, 480 (481); BGH NSStZ 2003, 29.

298) BGH NSStZ 1997, 337.

299) BGH Beschluss vom 11. Januar 2000—4 StR 611/99—は、以前の判例 Beschluss vom 11. März 1997—4 StR 25/97—の明確な課題の下でのものである。この問題ノ

C. 正しい責任清算 (Schuldausgleich)

I. 問題

1. 苦痛の平等(負担の平等)という考え方

412 判例や学説において一般に承認されているのは、「責任に応じた刑罰は彼(行為者)の刑罰感受性 (Strafempfindlichkeit) の程度に応じて全く異なるものになり」³⁰⁰⁾ 得るということ、つまり、——責任を等しくするという点では——刑罰は等しく高められるのではなく、むしろ同等に重く量定されなければならないのであり³⁰¹⁾、「責任に応じたという原理は、客観的に等しい刑の高さを必然的に(要求する)ものではなく、むしろ、主観的に等しい刑による苦痛を」要求するものである、ということである³⁰²⁾。ヘンケル³⁰³⁾は、これまでの基準的な区別を、責任に応じた刑罰の基準である刑罰感受性と特別予防の必要性に関わる刑罰感銘性 (Strafempfänglichkeit) とに分けた。

この負担の平等という考え方は、罰金刑の量定に関する法律上の規定から直接的に導くことができる。責任が同程度の場合に、経済的(給付)能力が異なるにもかかわらず、等しい効果を獲得するために、つまり、個々の行為者が刑罰を経済的に正当だと感じるようなものとし、そしてそれにより、「苦痛の平等性 (Opfergleichheit)」を獲得するために³⁰⁴⁾、立法者は罰金刑の領域で日数罰金制度を導入したのである。

413 それに応じて、自由刑の賦課の場合には、次のことが考慮され得る。すなわち、責任に応じた刑罰が、刑罰の感じ方の程度に応じて全く異なり得るのであれば³⁰⁵⁾、このことが意味するのは、量刑責任³⁰⁶⁾の程度が責任に応じた刑罰にとっての唯一の

↘の詳細については、BGH (5. Strafsenat) NStZ 1998, 188 = StV 1998, 652.

300) BGHSt 7, 28 (31); BGHSt 35, 148 = JZ 1988, 466 m. abl. Anm. Bruns = NStZ 1988, 494 m. abl. Aufsatz Streng 485 も参照。例えばさらに BGH StV 1987, 101.

301) Bruns 1985, S. 197.

302) Maurach/Gössel/Zipf § 63, 118; 類似の見解として, Schönke/Schröder/Stree § 46, 54.

303) Festschrift für H. Lange, S. 179.

304) LK-Häger Vor §§ 40 bis 43, 52.

305) So BGHSt 7, 28 (31); Maurach/Gössel/Zipf § 63, 118; 類似の見解として Schönke/Schröder/Stree § 46, 54.

306) 支配的な見解の意味である。これについては Tröndle/Fischer § 46, 6 m. N und Rdn. 309 ff. のみを参照。

基準となり得るわけではない³⁰⁷⁾，ということである。つまり，量刑責任と並んでさらなる要素（罰金刑の程度を比較可能なものとする日数罰金）が出てくるのであり，それが一緒になって初めて，量刑責任は責任に応じた刑罰の確定を可能にするのである。その点で，連邦通常裁判所³⁰⁸⁾は刑罰の感じ方を明確に述べてきた。近年の判例では，刑罰は「正しい責任清算」でなければならないとしている。正しい責任清算は，刑罰感受性が通常より高い場合には，通常なら責任に対応する程度よりも軽い刑罰を科すことによって，達成され得ることになる³⁰⁹⁾とするのである。

行為者が，彼の犯行がこの（自らへの不利益）結果をもたらすことを予見し得たが，それにもかかわらず行為をなした場合は，そのことはそこから減輕的に作用し得ない，という論拠は，判例によってさらなる根拠付けがなされることなく否定されている³¹⁰⁾。しかし，このことはそれほど明白なわけではない。なぜなら，（行為者に生じた）犯行の深刻な結果は，行為者にとっての高いハードル（Hemmschwelle）とならなければならないからである（Rdn. 429）。

2. 判断図式

414 以下のような判断の図式が提案される。

1. 刑罰の効果（Rdn. 415 以下）
 - 1.1. 個別的な刑罰の感じ方：初犯，初めての執行，外国人，年齢，わずかな余命
 - 1.2. すべての一刑法上だけでない一リアクションの重さの総合判断（Gesamtschau）
2. 行為者にとっての犯行（から生じた不利益な）結果（Rdn. 424 以下）
 - 2.1. 刑の免除（第60条）
 - 2.2. 一般的量刑原理
3. 手続の効果（Rdn. 433 以下）
 - 3.1. とりわけ，手続が長期に及ぶことによる負担
 - 3.2. 迅速性の要請に対する違反

307) So aber SK-77, 77 § 46, 34; differenzierend allerdings Rdn. 121.

308) BGHSt 7, 28 (31).

309) BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 7, 13 und 25.

310) BGH StV 1991, 107 m. N. のみを参照。

II. 個々の要素

1. 刑罰の効果

415 第46条第1項第2文によれば、量刑において、刑罰が社会における行為者の将来の生活に与えると予期し得る効果が、考慮されることになる。この規定は、長い間、特に特別予防の観点を実定法的に表わしたものとして理解され、そこでは、有罪判決や執行の意図的ではない副作用の回避、刑罰による行為者の脱社会化(Entsozialisierung)といったものが、再社会化の考え方にますます重要性を与えたのである³¹¹⁾。この予防的観点は、幅の理論によれば、責任相当の枠内でのみ考慮され得るのだが(Rdn. 461以下)、しかし、それだけではこの規定の意味は論じ尽くせない。この規定は、更に進んで、次のことに関係している。すなわち、追加的要素として、量刑責任を特定の刑の高さに「換算」する際に、責任に応じたリアクションを見つけるために決定的な意義を持つものの核心に関わるのである。なぜなら、刑罰の行為者への個別的効果を考えなければ、その責任相当性をおよそ判断することができないからである。

連邦通常裁判所の第5刑事部は、第46条第1項第2文の法思想を、刑罰が被告人に近親者の将来の生活に与えると予期し得る効果にも適用しようとしている³¹²⁾。

a) 特別な刑罰感受性

416 全ての初犯にとっては、刑罰は、それが罰金刑ないし保護観察付きで執行を猶予される自由刑である「にすぎない」としても、「刑事裁判を経験している」行為者よりも、厳しいものと感じられる。このことは、自由刑の実刑にはなおさら妥当するのである。「彼の自由への侵害が大した意味を持たない(者)と、同等の侵害であっても恐ろしい効果を持つ」者の間では区別がなされなければならない、ということは自明のことである³¹³⁾。しかし、それまでの快適な生活の喪失は考慮されてはならない。階級差別的裁判の印象は回避されなければならないからである³¹⁴⁾。それを越えて、

311) BGHSt 24, 40; BGH NJW 1978, 174; StV 1995, 269; Schönke/Schröder/Stree Vorbem §§ 38 ff., 15のみを参照。

312) BGH NSTZ-RR 2005, 168 (未成年の子供への影響)。

313) Bruns Strafzumessungsrecht 2. Aufl. 1974 S. 499; Maurach/Gössel/Zipf Rdn. 117.

314) この点を正当にも参照するのは、LK-G. Hirsch (10. Aufl.) § 46, 89.

自由刑を実際に執行する場合には、全ての初めて刑に服する者が特別な刑罰感受性を有していると結論することもできるのである³¹⁵⁾。

外国人³¹⁶⁾ (非ドイツ人) 一般に特別な刑罰感受性があるという訳ではない。特に、既に長期間ドイツに住んで働いている³¹⁷⁾ 場合には、特殊性はない。しかし、ドイツ語が堪能ではなく、それゆえ拘留中にコミュニケーションの問題³¹⁸⁾ を抱える者、あるいはそれ以外の生活習慣ないし家族とのコンタクトが難しいことの結果としてその他の諸問題³¹⁹⁾ が抱える者は、特別な刑罰感受性を有すると言える。ただし、刑事事件における国際司法共助に関する法律 (IRG: Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen) 第71条 (執行の要請) によって、行刑が故国で十分に行われ得る場合を除く³²⁰⁾。犯行の外国法上の効果も、通常は影響力のある量刑事由にはならない。強制的な国外退去事由が考えられる場合³²¹⁾ であっても、である。ただし、人的ないし取引上の関係が存在し、それが国外退去によって切れてしまうことが異常な厳しさとなる場合は別である³²²⁾。特別な事情のみが、個別事例において別の判断を正当化し得るのである³²³⁾。それに対して、次の場合は特別な刑罰の感受性が認められる。すなわち、拘禁精神病を患っている場合³²⁴⁾、強度の視力障害³²⁵⁾、高齢やそれにより余命が限られている場合³²⁶⁾、HIV感染³²⁷⁾ ないしその他³²⁸⁾ の病気を原因と

315) BGH Beschluss vom 8. Februar 2005—3 StR 500/04; 20歳の被告人に対して科された11年の自由刑の併合刑における再社会化目的の視座については、BGH NStZ 2003, 495 も見よ。

316) 外国人の特別な刑の感じ方については、原則的に、BGHSt 43, 233; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Ausländer 5 も見よ。

317) BGH Beschluss vom 20. September 2000—3 StR 376/00; BGH Urteil vom 9. November 2006—3 StR 360/06.

318) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 17.

319) BGHSt 43, 233 (234); BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 17 を参照。

320) BGHSt 43, 233 (234); BGH NStZ 2006, 35.

321) BGH NStZ 2002, 196; BGH NStZ-RR 2004, 11.

322) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Ausländer 5; BGH Beschluss vom 31. August 2007—2 StR 304/07.

323) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Ausländer 5 unter Bezugnahme auf BGH StV 1999, 309.

324) BGH StV 1984, 152.

325) BGH StV 1987, 530.

326) 67歳の事案として BGH StV 1990, 303; 46歳 (!) への9年の自由刑の事案ノ

して余命が限られている場合³²⁹⁾ (例えば癌)³³⁰⁾, ならびに, 全く一般的に, 重い, 長期に渡る自由刑の場合³³¹⁾ である。

417 この事情が具体的な事例で刑罰を決めるのにどのように作用することになるのか, はあまり解明されていない。例えば, 強盗の場合に5年の刑が責任相当であるが, 病気の結果, 彼の余命がもって3年しかない場合に, どの程度減刑されるべきなのか, ということである。残りの寿命と刑期とが単純計算で対応することを要求してはならないことは確実である。反対に, この事例では, 4年の刑への軽減も被告人にとってはなんの意味もない。従って, この場合には, 次のことが許されるべきであろう。すなわち, 被告人に対して見込み上, 彼の余命を自由に過ごすことへの期待を与える刑罰を言い渡すことである。それは, たとえ, 「通常」の事情の下では不均衡に軽いように見える刑罰を科する, そして——これを可能にするために——比較的軽い場合を肯定する³³²⁾ (Rdn. 583 以下) ことを前提としてのみ可能であるとしても, 許されるのである。しかし, これ以上に, 次のことを内容とする法命題は存在しない³³³⁾。すな

↘は BGH StV 1991, 206; いわゆる老人一味 (Opa-Bande) については, BGH NStZ 2006, 500 m. Anm. Nobis NStZ 2006, 489 und m. Bspr. Streng JR 2007, 271.

- 327) BGH StV 1991, 105; これは患者がエイズを発病した場合に初めてまさに当たり前のものとして妥当する。
- 328) BGH StV 1990, 259 は「明白な」とする。事実審判事はここでもそれ以外でも, 被告人の主張を反論されないものとして認め, この主張にとって直接的な証拠が存在しない場合に被告人の主張をその決定の基礎に置くことを, 義務づけられない。特に, 応訴の却下は, その反対が積極的に確定され得ることを要求していない (BGH NStZ 1994, 29; BGHR STOP § 261 Einlassung 5)。
- 329) BGH StV 1987, 345; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 3, 7 und 13; BGH Beschluss vom 19. Juni 2007—3 StR 214/07.
- 330) BGH StV 1991, 207; BGH R & P 2005, 83 (拘留所での適切な医療的扶助の問題についても) m. Anm. Konrad; BGH Beschluss vom 21. November 2007—2 StR 449/07.
- 331) BGH StV 1988, 103 (104); 1983, 456.
- 332) BGHR § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 3; BGH Beschluss vom 21. November 2007—2 StR 449/07.
- 333) BGH NStZ 2006, 500 (いわゆる老人一味) m. Anm. Nobis StZ 2006, 489 und m. Bspr. 5Streng JR 2007, 271; 連邦憲法裁判所の二つの部のうち第一部はその限りでの憲法上の異議申立に判断を下すには適していないとした (Beschluss vom 15. August 2006—2 BVR 1160/06)。

わち、あらゆる行為者は、科される刑罰の程度に応じて、服役の後に自由（に生きることができるよう）に釈放されることへの確信を既に有していなければならない、という内容の法命題である。加えて、絶対的な限界は、常に法律上の法定刑なのである。

併合刑（合一刑）（Gesamtstrafen）の場合、法律は、より長い刑罰のより高い効果という加重主義（Asperationsprinzip）によって、既に部分的に考慮している（第54条第1項）。刑罰が、既に執行されているが故に、併合刑の形態をもはやとり得ない場合、従って、いわゆる刑の調整（Härteausgleich）が原則として行われなければならない（詳細についてはRdn. 682 以下）。

418 罰金刑には、第2次刑法改正法以来、ほとんど問題は存在しない。というのも、個々人の給付能力は日数罰金の高さによって考慮されているからである。その他、経済力がきわめて限られていて、実質収入（税引き後の収入）が生存コストと一致しており、それ故にどのような罰金刑も生存を脅かす効果を持つであろうと考えられる場合には、そのことが、日数罰金の日数の量定に際して、また支払い条件の緩和を認めることによって（第42条）考慮され得る。同じことは、日数罰金の日額が高額で経済上の困難を来たし得るであろうと考えられる罰金刑にも妥当する（Rdn. 86 と 94）。

b) 全てのリアクションの重さの総合評価

419 刑法上のリアクションがいくつか異なる法効果からなる場合がある。例えば、第41条により自由刑に罰金刑が併科される場合³³⁴⁾（Rdn. 422）、あるいは、主刑に没収・追徴（Einziehung）³³⁵⁾ や運転禁止³³⁶⁾ という付加刑が、または公務に付く能力の喪失の命令³³⁷⁾ という付随効果、ないしは、改善・保安処分³³⁸⁾ が加えられる場合である。その場合、その効果全体が、したがって全サンクションが責任に応じているか否かを判定するために³³⁹⁾、被告人に対して賦課されるあらゆる法効果の重さが全体として評価されなければならない。もちろん、その際、没収や拡張された没収のように、行為者から違法に獲得された収益を剝奪することになる処分は考慮されない。仮

334) これについては、BGHSt 32, 60 und BGH JR 1986, 70 m. Anm. Bruns.

335) これについては、BGH StV 1986, 58; 1983, 327; 1984, 152; BGHR § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 6, 12 und 16.

336) OLG Schleswig NStZ 1984, 90.

337) BGH Beschluss vom 8. Januar 2008—4 StR 468/07.

338) 例えば、BGH NStZ 2002, 647 (648); BGH NStZ-RR 2006, 105; BGH Urteil vom 12. Dezember 2002—4 StR 343/02.

339) LK-Theune § 46, 10 ff.

にその限りで総合主義 (Bruttoprinzip)³⁴⁰⁾ によって算定が行われたとしても³⁴¹⁾、同じである。

420 aa) 客体の没収・追徴 (Einziehung) 没収・追徴の場合、没収・追徴された客体の価値が確定され、全体考慮が必要な場合には、行為者に与えられる法効果が考慮されることになる³⁴²⁾。ここでは、上告審の実務の一部は、次のような場合には、まさしくせせこましい。例えば、ハシッシュ 46 kg 超の許されない密輸の事案で、犯行道具として用いられた車の没収・追徴の際に、その価値が事実審によって明示的に認定されなかった場合である³⁴³⁾。なканずく、相当な価値を持ち得る場合には、この価値は確定されなければならない、判決における全体考慮へと含められなければならないのである³⁴⁴⁾。

421 重い自由刑の場合には、任意的に規定された没収・追徴に際して、このような財産に帰せられる付随効果がそもそも必要であるのかどうか、特に判定されることになる。没収・追徴される客体の価値がわずかであれば、没収・追徴は通常行われない。なぜなら、被告人が没収・追徴を(痛みと)感じないからである。それに対して、価値が極めて高い場合には、この介入が何年にもわたる自由刑の有罪判決を受けた場合に相当するほどに強く衝撃を与えるであろう³⁴⁵⁾。例えば罰金刑や保護観察付きで猶予された自由刑で処罰される比較的軽微な犯罪行為の場合には、価値の高い客体の没

340) これについては、Rdn. 246.

341) BGH StV 1995, 297.

342) BGH StV 1987, 389; 1986, 58; 1984, 152; 1983, 327.

343) BGH Beschluss vom 12. Juli 1995—3 StR 280/95 (もっとも、ハシッシュの作用物質と科された自由刑の重さは報告されていない)を参照。

344) BGH StV 1988, 201によれば、没収・追徴の対象がわずかな価値しかない場合には、考慮は不要である。その他、自動車の没収・追徴について BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 6, トラックの没収・追徴について BGH StV 1993, 359, 14, 500 ドイツマルクの価値の自動車の没収・追徴および4年の自由刑の場合の BGH Beschluss vom 3. November 1993—4 StR 625/93—; Beschluss vom 18. Juli 2000—4 StR 258/00を参照。BGH StV 1988, 201によれば、明らかに些細な場合にのみ度外視され得る。これは極めて狭いものである。

345) これについては、BGH StV 1986, 58を見よ。そこでは、3年の自由刑で有罪判決を受けた場合に、犯行の道具として用いた自動車の没収・追徴の言い渡しが、新たな公判(審理)において自由刑と並んで没収・追徴が必要な事情があると判断され得る可能性はないと判定できたという理由で、刑事部の最終的な判断によって破棄されている。

収・追徴は（例えば、輸入取引税を脱税するために密輸された金の延べ棒）、正しく総合評価する際には、しばしば責任に応じた全リアクションの一部とはもはやなり得ないのである。

422 bb) 併科的罰金刑 (Kumulative Geldstrafe) 執行されることになる自由刑が行為者にとって過度なものとなる場合には、それが可能な事例においては、全てのリアクションの重さを総合評価する必要のために、第41条による併科的罰金刑の賦課 (Rdn. 214) によって、自由刑がより軽く、特に、まだ執行猶予され得る程度に軽く量定され得るかどうか判定されることになる。この考慮は、このやり方で犯行と行為者に適切に該当する制裁が獲得され得る場合には³⁴⁶⁾、仮にそれによって自由刑や罰金刑の日数罰金による支払いが併せて2年を超える場合であっても³⁴⁷⁾、許される。

423 cc) 罰金刑と自由刑からなる併合刑 科される罰金刑が科される自由刑と併合刑となり得る場合には、同様の考慮が必要となる。第53条第2項（行為の複数）によれば、この場合、確かに通常は³⁴⁸⁾ 自由刑の併合刑 (Gesamtfreiheitsstrafe) を形成し得る。しかし、罰金刑が——場合によっては罰金刑の併合刑 (Gesamtgeldstrafe) が——別途言い渡される可能性は、自由刑の併合刑が、行為者に特に厳しいものとなり、個別に科される時よりもより重い刑罰の害悪と感じられる場合には慎重に判断されなければならない (Rdn. 671)³⁴⁹⁾。このことは、なかんづく次の場合にも問題となる。すなわち、自由刑の併合刑が罰金刑の算入によって、もはや猶予され得るものではなくなった場合³⁵⁰⁾、あるいは、自由刑の併合刑が、職業からの排除ないしは公務員資格の喪失のように、特定の刑法外の結果が引き出されることによって高いものとなる場合³⁵¹⁾ である。

346) BGHSt 32, 60 (66).

347) BGH JR 1986, 70m. Anm. Bruns; a. A. Horn JR 1984, 211.

348) BGH bei Dallinger MDR 1973, 17; GA 1987, 90; BayObLG StV 1982, 368.

349) BGH NJW 2001, 1436; BGHR StGB § 53 Abs. 2 Einbeziehung, nachteilige 6.

350) BGH std; z. B. bei Holtz MDR 1985, 793; BayobLG StV 1982, 368; LG Braunschweig urteil vom 25. Januar 2007 — 6 KLS 48/06 (www. landgericht-braunschweig.de; Fall Hartz) も参照。

351) BGH std. Rspr.: StV 1987, 63; NStZ 1989, 572 = JR 1989, 425 m. Anm. Bringewat.

2. 行為者にとっての犯行結果

a) 第60条による刑の免除

424 第60条が示しているのは、刑罰の効果を越えたところにあるそれ以外の犯罪行為(から生じる不利益)結果も法効果を規定するために極めて広範囲の意味を持ち得るということである³⁵²⁾。この規定は強制的なものである³⁵³⁾。つまり、裁判所は、次の場合には、刑を免除しなければならないのである。すなわち、1年未満の自由刑が科されたにもかかわらず、この刑罰が行為者に帰せられる犯行結果に鑑みて「明らかに失当」である場合である。この規定に含まれているのは、広義の意味での量刑に属し、特定の犯罪に限られない「犯行の効果に関する例外規定」であるが、実務はこの規定をあまり用いない³⁵⁴⁾。問題となる効果が身体的——精神的なものであるのか、それとも経済上直接の効果(労働不能)ないし間接の効果(職場の喪失)なのかを問わない³⁵⁵⁾。

425 (不利益)結果が「重い」かどうかは、行為者の人格に依存する³⁵⁶⁾。第一に考慮されるべきは、重い身体的傷害、さらには近親者の死である³⁵⁷⁾。連邦通常裁判所は、次のような事案で刑を免除し、四件の脱税につき下された9月の自由刑の併合刑を破棄した³⁵⁸⁾。すなわち、被告人は69歳であったが、彼は刑事手続中に全部で二回の卒中発作を起こし、およそ2年の未決拘禁の間に、顕著な前自殺段階の症候を伴う重いうつ病に罹っていたという事案である。犯人以外の者が損害を被ったという事情も、第60条の適用を妨げるものではない。しかし、個々の事例で、損害が大きい場合あるいは例えば酩酊運転の場合には、刑罰が明らかに失当であるとはされ得ない(過失の道路交通危殆化における第三者や妻の死)³⁵⁹⁾。

426 1年を越えない自由刑を科せられることになるかどうかという問いには、量刑上重要な全ての事情、つまり犯行から生じる不利益な結果も含めた衡量によって、答え

352) 原則的なものである。m. w. N. BGH NStZ 1997, 121 m. Anm. Stree.

353) BGH NStZ 1997, 121 m. Anm. Stree.

354) Tröndle/Fischer § 60, 2.

355) Schönke/Schröder/Stree § 60, 6; Tröndle/Fischer § 60, 4; LK-G. Hirsch § 60, 25.

356) 例をあげるのは、Janiszewski (オートバイ事故) NStZ 1992, 580.

357) BGH NStZ 1997, 121 m. Anm. Stree.

358) BGH NStZ-RR 2004, 230 (231).

359) BayObLG NStZ 1991, 584 m. N.; Tröndle/Fischer § 60 m. N.

が出ることになる³⁶⁰⁾。

427 刑罰が予防的理由から必要ではない場合には、第60条の意味で刑罰が明らかに失当である。「なぜなら、行為者自身が、一方では、行為者へのさらなる影響を必要としないほどに、他方では、一般人には刑の免除が人道的な刑事司法の現れであるとして、刑事司法が刑の免除によって必要的で意味のある法益保護を疑わしいものにしていないのではない、と理解されるであろう程度に³⁶¹⁾、重い損害被っているからである」。

428 手続法的には、捜査手続や公判に至るまでの裁判所の手続において、同じような前提条件の下で、刑事訴訟法第153条bによる打切りが問題になる、ということが考えられる。公判の最初から、有罪宣告付きの判決、裁判費用負担の表明判決、場合によっては例えば運転免許の剥奪といった改善・保安処分（61条）の決定の判決によって、「刑が免除される」のである。

b) 一般的量刑原理

429 1年以上の自由刑が科されているという理由から、あるいは結果が行為者にとって刑罰が明らかに失当であろう程には重くないという理由のどちらかから刑の免除が問題とならない場合であっても、少なくとも量刑上は第60条の法思想が考慮されるべきである³⁶²⁾。

しかし、間接的そして経済的結果も60条の意味で犯行結果として機能し得る場合には、量刑上考慮されることになる個別的観点の領域は広く開かれることになるであろう。このことは、行為者がこの結果を結局は予見し得たという、という根拠付けによって考慮されないこともごくまれであるとは言えないが、そうであってはならない³⁶³⁾。ただし、行為者にこのさらなる結果が認識されていたにもかかわらず彼が行為に出た、つまり、彼は犯行遂行の前に高い敷居を踏み越えなければならなかったにもかかわらず行為に出たが故に、行為者に高い非難可能性という意味での高い責任が

360) Tröndle/Fischer 3; Schönke/Schröder/Stree 10, jeweils zu § 60; たいてい第60条を通じて提起された諸問題の詳細については、OLG Karlsruhe NJW 1974, 1006 m. Anm. Zipf JR 1975, 162.

361) BGHSt 27, 298 (300); BGH NStZ 1997, 121 m. Anm. Stree も参照。

362) LK-G. Hirsc § 60, 44; Schönke/Schröder/Stree § 60, 12; BGH NStZ 2002, 312 (行為者が彼の過失によって惹起した友人の死が印象にある中で犯罪行為を回避したので、有利な刑事的予測である) も見よ。

363) BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 5.

認められる場合は、この限りではない。

430 行為者にとってしばしば刑罰自体以上に重いものとなる間接的な結果として考えられるのは、例えば次のようなものである。すなわち、

— 運転免許の剥奪（第69条）における、自動車に依存する零細な販売代理店主の経済的損害。彼が、職業運転手をやとう資金を有さなければ、相当な所得の減少だけでなく、顧客を持続的に失うのである。

— 自由刑で有罪判決を受けた場合の失職。運転を業とする場合は運転免許の剥奪だけで起こり得る——行為者が既に高齢の場合、この処分は彼の職業活動の終了を意味する。期限無し被傭関係への受け入れの見込みを刑罰が条件となって喪失することは、場合によっては特別に厳しいものとなり得る³⁶⁴⁾。

— 困難な経済的状态にあって許される行為の限界を超えてしまった商人の財産の喪失——後に経済犯罪で非難される行為者が、この経済上の局面で彼固有の財産だけでなく、さらに親類の財産も投入し、失うという事例は希ではない。

これに対して、損害賠償請求権³⁶⁵⁾ や社会的名声の喪失は、逸脱行為の必然的に甘受されるべき一般的な結果として³⁶⁶⁾、刑罰減輕的に作用し得ない。

行為者が「発覚を恐れて横領した金を実際に使うことができなかった」という事情も刑罰の減輕を正当化するものではない³⁶⁷⁾。

同じことが妥当するのは、政治や芸術、スポーツなど公共の開かれた場で活動する人々の場合の、メディアの強い関心（「待ち構えた写真家やカメラマンの中でバッシングを受ける」）である³⁶⁸⁾。というのは、こうした人々はその他の場合には、まさにこの公開性を追求しているからである。

最後に、刑罰減輕的に考慮される犯行の不利益結果には、判例により、次のような公務員法上ないし身分法上の効果も数え入れられている。すなわち、現役の公務員³⁶⁹⁾

364) BGH StV 2000, 662 を参照。

365) 同様に、BGH JR 2006, 256 (257) m. Anm. Streng; BGHR StGB vor § 1, minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung, unvollständige 8, によれば減輕的に評価されなければならない BGH, Urteil vom 11. August 1992—5 StR 297/92. はこの点をはっきりさせなかった。

366) BGH NSTZ 1982, 285 (286).

367) BGH JR 2006, 256 (257) m. Anm. Streng.

368) BGH NJW 2000, 154 (ドイツ州都の以前の市長).

369) 退職した公務員については公務員年金法を見よ。SG 第53条1項2号aによつて

が故意の犯罪で少なくとも1年以上の自由刑の、あるいは、国家保護犯罪で少なくとも6月以上の自由刑の有罪判決を受けた場合には、公務員資格法 (BRRG: Beamtrechtsrahmengesetz) 第24条第1項第1文第1号及び第2号により、国家公務員法との関係で法律により認められた公務員資格の喪失に至る、あるいは、公務員年金法 (BeamtenVG: Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes) 第59条 (有罪判決のための年金受給権の喪失) により、年金受給の喪失に至る、または、しばしば弁護士業の許可ないしは医者の開業免許の取消しにも至る³⁷⁰⁾。同じことが妥当するのは、有罪判決の刑の重さとは完全に独立して生じる、有限会社法 (GmbHG) 第6条第2項第3文及び第4文の効果である。

431 これらの結果は、単なる職場の喪失にとどまらない。なぜなら、公務員にとって、これまで得てきた年金 (支給) 請求権を失ってしまうことになるし (もっとも、公務員は追加保険に加入しなければならないが、それは厳しさを緩和するためである)、多くの場合、当該人物は転職を余儀なくされるからである。この限度では、これらの結果を考慮することが正当化されるかもしれない。しかし、なかでも行為者がその受給権を越える利得を目指した場合には、この点が過度に重視されてはならない³⁷¹⁾。

432 連邦通常裁判所の諸判例は、この場合に次の点のチェックを要求している。すなわち、これらの結果のために比較的軽い場合が想定され得るか³⁷²⁾ (Rdn. 577)、あるいは、それによって1年ないし2年の自由刑という職業法上重要な限界を下回り

ゝて可能な、退職させられた連邦軍兵士の階級や給養請求権の喪失については、BGHR StGB § 13 Abs. 2 Strafrahmenschiebung 2 を見よ。

370) これについては例えば次の判例を参照。BGH StV 1987, 243; 1985, 454 (公務員の年金受給の喪失); BGHSt 35, 148; BGH StV 1987, 529 (弁護士業からの排除の可能性); 199, 107 (薬局への許可の喪失); wistra 1988, 64; NStZ 1987, 133 und 550; 1984, 215; 1982, 507; 1981, 342 (公務員の罷免); BGHSt 32, 79 (短期志願兵としての除隊); wistra 1986, 217; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 22 (税理士資格の剝奪); BGH StV 2004, 71 (医師法第5条第2項による医者の開業免許の取消し); さらに紹介するのは、Tröndle/Fischer § 46, 8.

371) BGH NStZ 2006, 393 (394).

372) BGHSt 35, 148 = JZ 1988, 466 m. abl. Anm. Bruns = NStZ 1988, 494 m. abl. AufsatzStreng 485 (強制わいせつで有罪判決を受けたことによる公務員の諸権利の喪失); BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 3 (加重強盗で有罪判決を受けた際のそこから約3年の余命); これについては、G. Schäfer, Festschrift für Tröndle, S. 395 も見よ。

量刑の実務(一)

得る場合に、自由刑と並んで罰金刑が賦課され得るかどうか、または、自由刑と故に罰金刑を科する場合において自由刑の併合刑の形成が度外視され得るかどうか(Rdn. 423, 670 以下)である³⁷³⁾。

最後に、犯行(から生じる不利益)結果という観点の下では、保護観察のために猶予されている自由刑の取消しに直面することも重要である³⁷⁴⁾。しかし、それによって服役する長さの全体が高くなる限りでのみである。せいぜい、外国人で国外追放がさし迫ることが、わずかに注目され得るに過ぎない³⁷⁵⁾(Rdn. 416 参照)。

3. 手続の作用

a) 原則

433 手続の作用も法効果として意味をもち得るということは、同じく、法律上の規定から直接に推論され得る。第51条第1項第1文によれば、未決拘禁や有罪判決を受けた者が犯行を契機として被った自由剥奪は、刑罰に算入される。このことは自明のものではない。というのも、これらの措置³⁷⁶⁾において、先取された刑罰が問題となっているのではないからである。この算入は、「実際の公正性の衡量」に基づく。「それによれば、手続の保全のためだけに賦課される害悪は、事後的な清算を必要とする」のである³⁷⁷⁾。同様の犯行について外国で自由剥奪がなされる際には、その自由剥奪がドイツの手続からは独立に生じている場合でも、この算入は行われる³⁷⁸⁾。複数の観点でドイツの制度とは異なる³⁷⁹⁾ 外国での拘留の条件を適正に考慮するために、裁判所は、この場合に(無期自由刑においても)³⁸⁰⁾、外国での刑罰ないし自由剥奪の算入のものさしを「裁量により」(第51条第4項第2文(刑の参入))量刑行為として確立しなければならないのである。ここでは、立法者は、犯罪行為の手続法上の効果という部分領域につき極めて広い考慮の余地を、つまり、差引勘定による算入を自ら

373) BGH std. Rspr.; NStZ 1989, 572 = JR 1989, 425 m. Anm. Bringewat; BGH StraFO 2004, 247 のみを参照。

374) BayObLG StV 1987, 537.

375) BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 17.

376) これについての詳細は、LK-Theue § 51, 2 ff.

377) LK-Tröndle (10. Aufl.) § 51, 13.

378) LK-Theue § 51, 19 ff.

379) Tröndle/Fischer § 51, 18 f. m. Beispielen aus der Rechtsprechung.

380) BGH StV 2004, 653.

定めたのである。

434 この規定から次のような一般原則を導くことを妨げる事情はない。すなわち、手続そのものによって生じる負担は、それが平均を上回っている限り、害悪全体の衡量の際に共に考慮されることによって（例えば特に高い手続コスト³⁸¹⁾、先行する社会的な断罪）、量刑上行為者に有利になる、という一般原則である。これに対して、自由刑を科する場合³⁸²⁾、行為者がその対象となる事件で未決拘禁を受けていたということは、通常は重要なものとならない³⁸³⁾。というのは、未決拘禁は、第51条第1項第1文によれば、執行されることになる刑罰に原則として算入されるからである。次のことが問題になる場合には同じことが妥当しないこともあり得る。すなわち、——とりわけ初めて勾留（逮捕）される——行為者は、未決拘禁を受けることで、特別予防上の理由から行為者に対するさらなる働きかけは必要ではないと考えられる程度に、感銘を受けることになるかどうか、そして、その為に、保護観察付きの執行猶予の検討において第56条第2項（刑の執行猶予）の意味での特別な事情を肯定できるか（Rdn. 155 以下）、あるいは、既に未決拘禁を受けているために第56条第3項による法秩序の防衛のための執行の必要性が否定され得るかどうか（Rdn. 144 以下）、ということが問題になる場合である。

435 この原理は、なканずく次の場合にも妥当する。すなわち、行為者が当該犯行につき外国で既に刑に服したか、あるいは、刑が科されることが決まっている場合である。というのも、その限りでは、基本法第103条第3項の二重処罰の禁止が妥当しないからである³⁸⁴⁾。それ故、外国での二重訴追は強く刑罰減輕的に作用し得るのである³⁸⁵⁾。

381) 高い手続のコストは、手続の中心にいない被疑者・被告人にとっても、次の場合には即座に生じうる。すなわち、わずかな犯行への関与であって、それに応じて刑罰が重くない共犯者が、分離ないし欠席が不可能であるが故に、公判が行われている間すべて出席しなければならない場合である。弁護士へのコスト（国選弁護人への料金は国庫からの支出であり、手続のコストである）だけでも優に6桁の金額（ユーロ）が生じるのである。

382) その執行が保護観察のために中止されないか、あるいは、被告人が勾留されていてそれを通じて大きな影響を受けた等々が故にその執行が中止される。

383) BGH NStZ-RR 2003, 110 (111); anders BGHR StGB § 46 Abs. 1 Begründung 18; Tolksdorf, Festschrift für Stree und Wessels, S. 753 (756) も参照。

384) BverfGE 12, 62 (66); Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Rdn. 303 m. N.

385) BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 26 m. N.; s. auch BGH StV 2000, 7

もっとも、最近、一時不再理の原則の順守を保障すべき、一連の国家間の協定が新に成立した。シェンゲン施行協定54条以下及び1987年5月25日のEU加盟国間協定である³⁸⁶⁾。

b) 長期に及ぶ手続の期間 (Lange Verfahrensdauer) : 刑罰の減輕か補償か?

436 たいていの刑事手続が迅速に処理されているにもかかわらず、非常に多岐にわたる理由から犯行と判決の間に異常に長い間隔があいてしまう、あるいは、手続が極めて長期間に及ぶという事態は再三生じている。判例³⁸⁷⁾はこの関連で、法効果の規定にとって重要な、三つの相互に独立した諸事情を区別している。これらはいずれも、犯行以来長い時間が経過している³⁸⁸⁾、あるいは、手続が極めて長い時間続いた³⁸⁹⁾が故に、それらの事情があり得る場合には、原則としてその有無が判定され、判決書で言及されるべき諸事情であるという。すなわち、犯行と判決の間の大きな時間的隔たり、手続が長期間に及ぶことによる負担、そして、法治国家原理との関係で基本法第2条第1項から演繹され、人権規約第6条第1項第1文に明文で言及されている迅速性の要請違反である。これらの理由の二つ目だけがこの節で検討される手続の効果に属するが、本書では、この長期に及ぶ手続期間という見出し語の下では、三つの刑罰減輕事由全てが結び付いたものとして扱うことにする。

2008年1月17日の連邦通常裁判所大刑事部の決定³⁹⁰⁾により、この三つの事情の法効果は全く区別されている。犯行と判決の間に大きな時間的隔たりがある場合と、手続が長期間に及ぶことによる負担がある場合とは、量刑の領域で区別して検討されることになる、そして、判決書で言及されなければならない、二つの独立した減輕事由である。他方、人権規約第6条第1項第1文から生じる迅速性の要請違反は、これに

↘347 (348).

386) G. Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage 2000, Rdn. 1646a m.w.N.; s. auch BGHSt 43, 79; 45, 123; 46, 187; Schomburg StV 1999, 246 を参照。

387) BGH NStZ 1999, 181; BGHR StGB § 46 Abs. 2 verhhrensverzögerung 1; 3; 5 bis 7 und 12 のみを参照。

388) BGHR StGB § 46 Abs. 2 verfahrensverzögerung 1 (犯行から6年); 2 (犯行から判決の間に8年); 3 (犯行から判決の間に6年)。

389) BGHR StGB § 46 Abs. 2 verfahrensverzögerung 6. 地方裁判所による最初の判決(破棄)から次の裁判所の判決までの間に4年6月かかっている事案。

390) GSSt 1/07-; Vorlegungsbeschluss des 3. Strafsenats JR 2008, 31 mit Anm. Weber.

関係している被告人に有利になるような補償を要求している。このことが他の二つの事情の考慮の後にも量刑においてなおも必要と思われる場合には、そしてその限りで、このことは、手続の期間が規約に違反していることの単なる確認を超えて、一般的量刑の観点から賦課される刑罰の一部が既に執行されたものとみなされる、という結論に導く (Rdn. 443, 444)。

437 aa) 犯行と判決の間の大きな時間的隔たり 行為者によって引き起こされたのではない、犯行と判決の間の大きな時間的隔たりは、通常、重大な減軽事由である³⁹¹⁾。なぜなら、たいていの犯罪において、制裁の必要性は時の経過によって弱まるからである。非難可能性の基準により科されることになる刑罰は、これらの場合にはもはや正当なものとは思われないことになる。とりわけ、行為者がその後無罪に至った(差戻しにすべきであった)場合、彼の生活を変更した場合、彼が社会的に正しい態度を身につけるべく努力して成功した場合、そして、刑罰があり得る形として脱社会的作用をもたらす場合である。

性的虐待の事例においては、犯行と判決の間の長い時間的隔たりに、それ以外の場合には妥当している意味が与えられることはない。というのも、子供の被害者は、なにかなくその子供が同じ家族的紐帯の中で生活している自身の父親によって被害を受けた場合には、しばしば成人年齢になって初めて、刑事告発の助けによってこの事態を克服する力を手に入れるからである。従って、立法者は第78条b第1項第1号において特別の時効の規定を置いたのである³⁹²⁾(この刑罰減軽事由と規約違反の長期の手続の保障との関係については、Rdn. 444)。

438 bb) 長期に及ぶ手続の期間 長期に及ぶ手続の期間と結び付いた重い負担は、結果として行為者にとって準刑罰的作用を伴い得る³⁹³⁾。手続の終わりに関する不確実性——あり得る形としては生活を脅かす——や、公共の反応についての不確実性は、家庭内のないしはそれ以外の社会的結果に関する不確実性もであるが、それらが被疑者・被告人にとって追加的刑罰の意味をもつ程度に、重大なものとなり得るのである。その種の負担が通常の基準を超える場合には、仮に長期に及ぶ手続期間が如何ともし

391) BGH NStZ 1999, 181; 1986, 217 (218); BGHR StGB § 46 Abs. 2 verfahrensverzögerung 6.

392) BGHSt 45, 308.

393) BGH NStZ 1999, 181; LR-Gollwitzer MRK Art. 6, 78; Kohlmann, Festschrift für Pfeiffer, S. 205.

難いとしても、その負担は刑罰減輕的に作用するのである³⁹⁴⁾ (この刑罰減輕事由と人権規約違反の長期の手続の保障との関係については、Rdn. 444)。

439 cc) 法治国家に反する(人権規約違反の)長期に及ぶ手続の期間、基本法第20条第3項との関係における第2条第1項、人権規約第6条 手続が長期間に及ぶことによる不当な負担を回避することは、法治国家的諸原則に適うものである。このことは、既に、基本法第20条第3項に定められた法治国家原理との関係における基本法第2条第1項から導かれるが、この規定は、被疑者・被告人に訴訟基本権として公正で法治国家的な手続を求める権利を保障しており、そこには手続の適切な迅速さも含まれるのである³⁹⁵⁾。人権規約もこの迅速性の要請を含んでいる。人権規約第5条第3項第1文によれば、逮捕・勾留された者は全て、「適切な期間内に」判決を受ける権利又は釈放される権利を有する。人権規約第6条第1項第1号は、さらに全く一般的に被害者・被告人に、彼に対して行われた起訴に関して「適切な期間内に」公判が行われることを求める権利を保障している。確かに、人権規約は憲法的地位を有していないが、単純な法律の地位にある現行法である。従って、裁判所は、基本法第20条第3項に従って、規約上保障される権利を守り、その権利に効力をもたせることを義務付けられているのである³⁹⁶⁾。ドイツ連邦共和国における有罪判決のいくつかがこの手続的権利を侵害したがために、連邦憲法裁判所および連邦通常裁判所の判例によれば、人権規約の規定、特にヨーロッパ人権裁判所による解釈において規約上保障されている権利が、基本権及び法治国家原理の内容の規定に際しても援用されなければならないことになった³⁹⁷⁾。

439 a 人権規約第5条及び第6条に基づくこの権利は、当該市民がこれを、(憲法訴

394) BGH NStZ 1999, 181.

395) BverfG—Vorprüfungsausschuss—NJW 1984, 967; BVerfG—Kammer—NJW 1992, 2472; 1993, 3254; 1995, 1277; BGH std. Rspr., BGHR StGB § 46 Abs. 2 verfahrensverzögerung 1 bis 6 のみを参照。

396) Ulsamer, Menschenrechtskonvention und Strafverhahren, in: Lexikon des Rechts, Strafrecht/Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, S. 615 ff. を参照。

397) 人権条約につき一般的なものは BverfGE 74, 358, 370; 迅速化の要請については BVerfG—Kammer—NJW 1993, 3254; 原則的なものとしてはまた Ulsamer, Menschenrechtskonvention und Strafverhahren, in: Lexikon des Rechts, Strafrecht/Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, S. 615 ff.; さらに例えば Imme Roxin StV 2001, 490 も見よ。実際、おとり捜査の協力人についての BGHSt 45, 321 では、連邦通常裁判所は、極めて明確に欧州人権裁判所の判例から展開している。

願手続が行われた後に)³⁹⁸⁾ 人権規約第34条における個人による申立 (Individualbeschwerde) によって、ヨーロッパ人権裁判所に対して主張することができ、当該国家に規約違反があったことが認められ、その規約違反について関係者に補償を与えるべく国が義務付けられることもあり得る。裁判所自身も補償を定めることができる。

439 b 手続遅延の観点がいかに重要であるかは、次のことにも示されている。すなわち、連邦通常裁判所は、上告により争われた判決の言渡し後に生じた手続遅延を、その言渡しの時点ではまだ「正当な」判決を破棄する契機とし、その間に法の変更が生じた場合のように、事後的な手続遅延を被告人の有利に扱っている³⁹⁹⁾ のである。

439 c 上告 連邦通常裁判所は、この上告により争われた判決の告知の後の手続遅延の検討を実体法違反の訴え (実体的異議) (Sachrüge) により行っている一方で、時間的にそれより前に存在する迅速性の要請違反に関する上告について、刑事訴訟法第344条第2項第2文により満たされる手続法違反の訴え (手続的異議) (Verfahrensrüge) の提起を要求するのである⁴⁰⁰⁾。

440 (1) 法治国家に反する (規約違反の) 手続の期間の前提条件 この法治国家に反する手続の期間にとっての前提条件がいつ存在するかは、詳細にはまだ確定的に明確にされてはいない⁴⁰¹⁾。連邦通常裁判所の判例、連邦憲法裁判所の判例そしてヨーロッパ裁判所の判例の中で相違が存するのである⁴⁰²⁾。

このことは、基準となる期間の開始と終了を規定する際に既に生じている。確かに、人権規約第6条第1項第1文の文言 (「刑事被告人」) にもかかわらず、基準となる期

398) LR-Gollwitzer MRK Verfahren Rdn. 35, 42; Ulsamer, Menschenrechtskonvention und Strafverfahren, in: Lexikon des Rechts, Strafrecht/Strafverfahrensrecht, 2. Auflage S. 619.

399) BGH NStZ 1995, 336; BGH NStZ 2007, 4Z9; BGH Beschluss vom 24. April 2006—2 StR 497/05 も見よ。

400) BGHSt 49, 342 m. Anm. Sander NStZ 2005, 390; BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Beschleunigungsgebot 1; 実体法違反の訴えからの手続法違反の訴えの区別については、G. Schäfer in FS für Rieß S. 477 (488); ders., FS Tondorf, S. 355 を参照。

401) BMJ の IVM 報告文書「欧州人権条約6条による手続の機関の評価についての基準」にはヨーロッパ人権裁判所の判例が的確に要約、概観されている。この文書は欧州人権条約の領域での弁護士の研修に用いられるものである。

402) これについては Gaede JR 2007, 254; Paeffgen StV 2007, 487.

間は、当該人物に向けられた捜査手続の開始について彼が知ることで、あるいは、手続の効果が彼に認められ得ると同時に始まるのであるという一致はある⁴⁰³⁾。しかし、終了については事情が異なる。すなわち、ヨーロッパ人権裁判所がここでは上訴手続や憲法訴願手続をも算入しているのに対して⁴⁰⁴⁾、連邦憲法裁判所はその手続においてそうすることを、ドイツ法体系にどちらかといえばなじまないものと考えているのである⁴⁰⁵⁾。従って、ドイツの裁判所により尊重されるべきヨーロッパ人権裁判所の見解によれば、上訴手続や憲法訴願手続の間の回避可能な手続遅延は考慮されるべきことになる⁴⁰⁶⁾。

なお、基準となるのは個々の事例の諸事情なのであって⁴⁰⁷⁾、一般的な基準は存在しない。

440 a 手続法を順守すれば、手続を通常の手続進行と比べて相当に早く終了させることが可能であった場合には、原則としてその手続期間の長さは人権規約違反であると考えられる⁴⁰⁸⁾。その際、事件ないし捜査の困難さ、刑事訴追官庁や被疑者・被告人の態度、ならびに、手続の期間によって彼に生じた負担が判定されることになる⁴⁰⁹⁾。基準となるのは、人権規約6条に基づいて適切な期間に手続が行われることを求める主観的権利の侵害の強度だけである。従って、初期の判例に反して⁴¹⁰⁾、犯行の重さ

403) EGMR Metzger/Deutschland NJW 2002, 2856 Nr. 31 = StV 2001, 489 mit Anm. Imme Roxin 490.

404) EGMR Metzger/Deutschland NJW 2002, 2856 Nr. 38 = StV 2001, 489 mit Anm. Imme Roxin 490; Gaede JR 2007, 254. 連邦憲法裁判所における手続の長期化についてドイツ連邦共和国の責任が認められた事案は、EGMR Urteil vom 24. Februar 2005 Wimmer/Deutschland (連邦憲法裁判所における手続の長期化の事案: 6年6月); Urteil vom 8. Januar 2004 Voggenreiter/Deutschland = EuGRZ 2004, 150 (連邦憲法裁判所における手続の長期化の事案: 7年前後).

405) BverfG—Kammer—JR 2007, 252; これについては Paeffgen StV 2007, 487 (492).

406) 欧州人権裁判所の事件ですでに現れている。Metzger/Deutschland NJW 2002, 2856 Nr. 38 = StV 2001, 489 mit Anm. Imme Roxin 490.

407) BverfG—Kammer—NJW 1992, 352; BverfG—Vorprüfungsausschuss—NStZ 1984, 128.

408) LR-Gollwityer Art. 6 MRK, 78.

409) EMRG std. Metzger/Deutschland NJW 2002, 2856 Nr. 36 = StV 2001, 489 mit Anm. Imme Roxin 490 のみを参照。

410) BverfG Vorprüfungsausschuss NJW 1984, 967; - Kammer—NJW 1992, 2472; BGH NStZ-RR 2004, 230 (231); BGH NStZ-RR 2006, 50; BGH wistra 2006, 226; ↗

や責任の程度には依存しない。そして、この請求権は、被告人が無罪を言い渡される場合にも生じる⁴¹¹⁾。

441 以下で挙げる諸事情の考慮が必要となる⁴¹²⁾。

まず、警察、検察庁ないし裁判所が手続を進めなかったことにより、司法機関を通じて惹起された手続の遅延は重大な意味をもつ。その際、落度 (Verschulden) の有無は問題とはならない。というのも、国家は、刑事訴追機関の十分な物的・人的設備につき配慮しなければならないからである。捜査手続においては、検察庁は、警察が捜査を迅速に進め、停滞を起こさないよう配慮する責任を負わなければならないのである。さらに問題となるのは、警察の報告の終了と検察庁の処分の終了の間の時間的間隔、起訴の開始と公判開始決定の間の時間と出来事、さらに、裁判長にとって設定可能であった期日の間の時間的間隔及びその (短期ないし長期間の) 期日設定の種類や態様、そして、弁論日の間隔や費やした時間である。上告をして後、検察庁へと、そして検察庁から連邦検事総長へと記録が到達するまで、ときには是認できないほど長い時間がかかる場合があるのである⁴¹³⁾。

441 a 裁判所の過剰負担は、国家が取り除かなければならない構造的瑕疵に属し、せいぜいごく短期的にのみ受け入れられるものである。事件報告者の変更や病気による遅滞については、原則的として国が責任を負う。一時的だが通常でない程度の仕事の遅れは、各裁判所が、例外状況を処理するために、即座に有効な補助的措置を投入した場合にのみ、連邦通常裁判所もこれを受忍することがあり得る⁴¹⁴⁾。もっとも、刑事訴追機関の仕事のキャパシティーを一時的に超過したことによって生じた短時間の遅滞によっては、迅速性の要請違反は根拠付けられない⁴¹⁵⁾。加えて、係属中の手続の処理については、原則的に裁判官に裁量の余地が認められる。その中で、裁判官は、事件に係する諸要素を自ら衡量して、受理の順序とは異なる優先順位を定めること

↘ BGH Beschluss vom 5. Juli 2007—5 StR 139/07. これについて批判的なのは Imme Roxin StV 2001, 490.

411) BGH—GS-Beschluss vom 17. Januar 2007—GSSSt 1/07—Rdn. 35 m. Nachw.

412) BverfG—Vorprüfungsausschuss—NStZ 1984, 128 を参照。

413) 上告審への記録提出の遅滞の例は BGH StV 1999, 661; BGH Beschluss vom 23. November 1999—5 StR 536/99.

414) EGMR Zimmern und Stemer. / Schweiz, Urteil vom 13. Juli 1983, Nr. 8737/79, Rdn. 29.

415) BGH StV 1992, 452.

ができるのである⁴¹⁶⁾。

裁判所は、鑑定人に適切な期間で迅速に協力してもらうことに対する責任を有し(期限の設定、鑑定人の選択)、鑑定人による遅延は国の責任となる⁴¹⁷⁾。依頼文書が発送されたなら、以降を迅速に処理することについて配慮する責任を負うことになるのである。このため、依頼文書はコピーされなければならない。

441 b 上訴手続や憲法訴願手続により判決が破棄され、事件が新たな審理や決定に差し戻されることにより生じる手続遅延が、法治国家原則に違反する手続遅延を根拠付け得るか否かについては、ヨーロッパ人権裁判所と、連邦憲法裁判所および連邦通常裁判所とで、判断が異なる。メツガー／ドイツ事件では⁴¹⁸⁾、ヨーロッパ人権裁判所は、上告裁判所による判決の破棄が事実審判事の手続上の瑕疵に基づいている、という事情にのみ着目した。この立場に従えば、そしてそうすることが、Rdn. 439 でのべた、ヨーロッパ人権裁判所の解釈におけるドイツの裁判所の規約への被拘束性に基づいて要請されるのであるが⁴¹⁹⁾、客観的に恣意⁴²⁰⁾がある事案そして明白な法律違反⁴²¹⁾の事案だけを考慮しようとしてきたそれまでの国内判例は、維持され得ないのである。

441 c これらの裁判所に依存する諸事情と並んで、手続全体の客観的な長さも重要性を持つ。警察や検察庁、裁判所における一度限りの懈怠は、手続全体が長期に及ばず、適切な長さであった場合には、重大なものとはならないのである⁴²²⁾。逆に、手続が全体として長期に及んでいる場合のそれ自体で見れば些細な多数の懈怠には、異なることが妥当する。

416) BVerfG—Kammer—NJW 2005, 3488.

417) EGMR Volkwein ./. Deutschland, Urteil vom 4. April 2002, Nr. 45181/99, Rdn. 39 ff. を参照。

418) NJW 2856, 2857.

419) 人権条約につき一般的なものはBVerfGE 74, 358, 370; 迅速化の要請についてはBVerfG—Kammer—NJW 1993, 3254; 原則的なものとしてはまた, Ulsamer, Menschenrechtskonvention und Strafverhahren, in: Lexikon des Rechts, Strafrecht/Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, S. 615 ff.; Krehl StV 2006, 408; Gaede JR 2007, 254.

420) BGH NStZ-RR 2006, 177 (178).

421) BGH NStZ 2006, 346 (347); wohl anders BGH wistra 1996, 19.

422) BGH NStZ 1999, 418; BGHR MRK Art. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 9; BGH NStZ-RR 2002, 219; BGH NStZ-RR 2006, 50; MK-Franke § 46, 62.

441 d 被疑者・被告人自身が惹起した手続遅延は、許される訴訟行為 (zulässiges Prozessverhalten) によるにせよ⁴²³⁾、彼の権利を侵害する過度に長い手続期間であったとの認定を根拠づけることは、通常、できない⁴²⁴⁾。

441 e 犯行に対する非難の重さは、大刑事部の決定によれば、遅延がなおも法治国家的に甘受され得るかどうかという問いにとっても、この遅延が補償され得るかどうか、そしてどの範囲でかという問いにとっても意味をもたない⁴²⁵⁾。人権規約の構想によれば、補償は手続不法の清算に資するにすぎないので、具体的な犯行の不法や犯罪行為の重さ、人的非難可能性の程度は、考慮されない。このことは、これまでの国内判例において一部では異なって理解されていた。すなわち、従来の国内判例は「犯行に対する非難の重さ」を、通常、補償の問題につき本質的な要素として強調してきたのである⁴²⁶⁾。

442 (2) 規約違反の (法治国家原則にする) 手続の期間の法効果 人権規約違反は継続中の手続において原則的にそれ自体で清算され得るし、その結果、後にヨーロッパ人権裁判所における裁判でドイツ連邦共和国の責任が認められることは、回避されるので⁴²⁷⁾、規約に反する手続遅延は、手続が極端に長期間に及んだために手続の打ち切りが適切であるとされることがない限り、一般的な減輕事由として扱われる⁴²⁸⁾。

423) 「様々な真実に反する事実の取り扱いについては……裁判所は証拠調べに尽力し追及しなければならない」とするのは BverfG—Kammer—Beschluss vom 24. November 2006— BVR 2338/06.

424) BverfG—Vorprüfungsausschuss—NStZ 1984, 128; - Kammer—StV 1993, 352; GH wistra 1993, 340 (341): 弁護人の支障と交替, 公判停止の申立て, 被告人の訴訟能力の欠如の事案である。

425) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2007—GSSt I/07—Rdn. 35 m. umfangreichen Nachw. aus der Literatur und RechtsPrechung des EGMR.

426) BverfG Vorprüfungsausschuss NJW 1984, 967; - Kammer—NJW 1992, 2472; - Kammer—NStZ-RR 2005, 346; BGH NStZ-RR 2004, 230 (231); BGH NStZ-RR 2006, 50; BGH wistra 2006, 226; BGH Beschluss vom 5. Juli 2007—5 StR 139/07.

427) EGMR NJW 2001, 2694, 2698; BGHSt 45, 321, 339; Ulsamer, Menschenrechtskonvention und Strafverfahren, in: Lexikon des Rechts, Strafrecht/ Strafverfahrensrecht, 2. Auflage S. 615, 619; Gaede JR 2007, 254; Demko HRRS 2005, 403 も参照。

428) 大刑事部の決定における法的展開についての詳細は Bundesgerichtshof vom 17. Januar 2008—GSStI/o7—Rdn. 20ff.

量刑の実務(一)

その後、連邦憲法裁判所のある部はその点で決して一義的ではないヨーロッパ人権裁判所の判例⁴²⁹⁾から次のことを演繹し得ると考えた。すなわち、判決において規約に反する手続の期間の種類と程度が明確に確認され、規約違反を補償するために責任に応じた刑罰から計算上一定刑罰を引き下げること (Strafabschlag) により刑の減輕が行われ得る⁴³⁰⁾、ということである。連邦通常裁判所は、これに従った⁴³¹⁾。

442 a そのことにより、結論的には、規約に反する手続の期間は、特に重い場合の否定や、比較的軽い場合の肯定、そして、保護観察付きの刑の執行猶予ないし刑の留保つき警告に至り得ることになり、そしてさらに、併合刑の形成の際に考慮され得ることになるのである⁴³²⁾。深刻な事例では、便宜主義による打ち切り、(刑事訴訟法第153条、第153条 a、第154条、第154条 a)、あるいはそのうえ訴訟障害を理由とする打ち切りの可能性もあったのである。

従って、この量刑による解決によれば、規約違反性は、判決で下された刑種や刑の重さに直接的に作用し、それを減少させることになる⁴³³⁾。しかし、このモデルは、次のような短所を有していた。すなわち、宣告された刑罰がもはや行為者の危険性に従って定められたものではなく、かつ、犯された犯行の責任の量がそこに示されているわけではないことになるという短所である。このことは、特に長期間に手続が及ぶ経済犯罪の事件では、罰金刑すら全く科されない場合には、時々としてせいぜい保護観察のために猶予され得る自由刑しか科されないという事態に至る (Rdn. 12)。この

429) EGMR EuGRZ 1983, S. 378. Zu alledem G. Schäfer, FS Tondorf, 2004, S. 366, 362.

430) EGMR EuGRZ 1983, 378 ff. の明確ではない決定への関連付けの下での最初の判例は、BverfG—Vorprüfungsausschuss—NJW 1984, 967; BverfG—Kammer—StV 2003, 383 = StraFO 2003, 232 = NJW 2003, 2225; BverfG—Kammer—NJW 1992, 2472; - Kammer—NJW 1993, 3254; - Kammer—NJW 1995, 1277; - Kammer—NStZ 1997, 591 を参照。それぞれを EGMR EuGRZ 1983, S. 378 参照している。

431) BGH NStZ 1999, 181; StV 1999, 661; StV 1999, 205; StV 1999, 206; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 7 und 11; BGH NStZ 1995, 335; 2007, 539; wistra 1996, 234; StV 1994, 653; 1998, 376; BGH Urteil vom 13. Oktober 2005—5 StR 347/05; BGH Beschluss vom 17. April 2007—5 StR 541/06.

432) 詳細は前版の Rdn. 441 ff. を見よ。Beschluss des Großen Sebatos vom 17. Januar 2008—GSSSt 1/07—Rdn. 40 も参照。

433) これについての詳細は Beschluss des Großen Sebatos vom 17. Januar 2008—GSSSt 1/07—Rdn. 27 ff. を見よ。

モデルは、法定刑の下限が責任に応じていると考えられ、もはや（それ以上）減軽され得ない場合にも機能し得なかった。

443 大刑事部の執行による解決 さて、以上の理由から、連邦通常裁判所の大刑事部⁴³⁴⁾はこのモデルを否定し、執行による解決 (Rdn. 12) の方向へと「システム転換」を行った。それによれば、まず、判決（主）文では、一般的な量刑の観点により規定される刑罰が賦課されることになる。それまでの判例で必要とされてきた刑罰の引き下げ (Strafabschlag) (Rdn. 42) に、執行の引き下げ (Vollstreckungsabschlag) に進んだのである。判決（主）文で、宣告された刑罰のうちの数値で特定された一部のみが執行されることが明示されるのである。しかし、同時に、大刑事部は、ヨーロッパ人権裁判所の判例との調和のために、手続の期間の長さが規約に違反している全ての事例においてこの執行の引き下げを必要とするわけではないことも宣言した。

443 a この手続は、規約に反する手続の期間についての清算を、不法や責任、刑の重さの問題から、解放するものである⁴³⁵⁾。そこから生じるのは、まず、大刑事部がこの手続を明言していなかったとしても、規約違反性がそれ自体として刑種や刑の重さへ影響を与えるものであるこれまでの解決が全て否定されるということである。規約に反する手続の期間は、もはや独立の刑罰減軽事由とはならないのである。それは、特に重い場合の否定や、比較的軽い場合の肯定に至るものでもなければ、一般的な減軽事由となるものでもないのである。そのために、既に、保護観察のための刑の執行猶予や刑の留保つき警告の判決は下され得ないのである（もっとも、Rdn. 443m）。

443 b 従って、現在の法状態は、次のように要約することができる。すなわち、裁判所が規約に反する手続の期間であることを肯定する場合、あるいは、事情によればその規約違反が明白である場合は、判決で判断のために必要な事実が認定されなければならないはず、場合によっては、規約違反が存在することが明言されなければならない⁴³⁶⁾。その際、判決理由にその点の説明があれば足り、主文において言及する必要はない。この明言は、人権規約第41条の意味での規約違反につき被疑者・被告人に認められる損害回復 (Wiedergutmachung) (補償) の一部である⁴³⁷⁾。この明言は

434) Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt I/07—auf einen Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats JR 2008, 31 mit Anm. Weber.

435) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt I/07—Rdn. 36.

436) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt I/07—Rdn. 56.

437) EGMR StV 2005, 475, 477 mit Anm. Pauly (Urteil vom 10. Februar 2005—

ヨーロッパ人権裁判所による補償として生じ得るものであるから、同様に、国内裁判所にもこれを行うことが許されるばかりか、国内裁判所はそうするべく義務付けられる⁴³⁸⁾。

443 c この損害回復としての明言で十分であるのか、それともそれを超える清算が必要であるのかは、手続違反の重さ、それにより生じる被疑者・被告人の負担の強さ、ならびに、量刑の枠内で既に十分な清算が生じていないかどうかによって依存する。従って、大刑事部は犯行と判決の間の大きな時間的隔たり (Rdn. 437) や刑事手続による負担 (上述 Rdn. 438) は、量刑における単一の減軽事由としてその重要性を維持する⁴³⁹⁾ことを強調している。つまり、これらの諸事情は、量刑において考慮から除外されてはならず、場合によっては生じ得る執行の引き下げの根拠付けのために留保されてはならないのである。これは一見、意外であるが、新しいモデルは科された刑罰との比較可能性のために、責任に応じた刑罰が言い渡され手続の期間についての責任に依拠するものではない要素は、執行の引き下げによって初めて考慮される、という結論に至ることが目指されているのである。

443 d 従って、上記大刑事部決定の決定理由に明らかなように、手続期間が人権規約に違反する程度に長期にわたった場合にも、上述の諸事情は、まず「法律上可能な刑罰枠の枠内で」一般的な量刑理由として位置づけられ、判決書中の判決理由において決定的な (軽減的な) 要素として明示されなければならないが、軽減のうちこの理由に基づく部分が数値で示される必要はない⁴⁴⁰⁾。この諸事情は、一般的量刑原理によれば、加重的諸事情およびそれ以外の減軽的諸事情と比較衡量されることになる。もっとも、この諸事情が具体的事例でどのような重さを有するかはどこにも書かれることはない。しかし、量刑責任 (Rdn. 315)、正当な責任清算 (Rdn. 414)、予防的考慮 (Rdn. 476) からなる量刑上重要な全スペクトルが、そのような諸事情が法律上の法定刑の中でどのような重さを有するのかを知るための手がかりを与える。そこから、刑事手続の一身専属的な (starke persönliche) 負担も、重大犯罪や重い性的虐待に

↘64387/01) Rdn. 39.

438) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSt 1/07—Rdn. 38 unter Bezug u. a. auf EGMR StV 2005, 475, 477 mit Anm. Pauly (Urteil vom 10. Februar 2005—64387/01) Rdn. 39.

439) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSt 1/07—Rdn. 55.

440) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSt 1/07—Rdn. 55, 56.

おける高度の行為不法に対しては、わずかな重さしか有していない一方で、その反対に、犯行時は少年だったが、今や成人になった場合や、比較的軽微な少年非行の場合の犯行と判決の間に極めて長期の時間的隔たりは、処罰の必要性をゼロの方向へ傾け得るのである。

443 e それ以外になおどのような重さが規約違反性に追加され得るかを判断することは難しい。手続が長期間に及ぶという負荷的諸事情および犯行と判決の間の時間的間隔が量刑において必要な限りで考慮されていた場合に、規約違反性の確認を加えて執行の引き下げをも必要とする事例は多くない。

しかし、その場合であっても、執行による解決への「システム転換」はもちろん必要とされないであろう。大刑事部は、次のような説明をした際には、この点をおそらく理解していた。すなわち、刑罰の一部がどの程度の数値においてすでに執行されたものとみなされるかの決定においては、

「次の場合について常に留意が必要である。すなわち、手続の期間それ自体並びにこれと結びつけられた被告人の負担が、既に、減輕する方向で量刑に影響している場合、およびそれ故に、この法効果の規定の点では、この事情を法治国家に違反する形で惹起したことについての清算が問題になっているにすぎない場合である。このことにより、刑法第51条第1項第1文の算入基準を考慮に入れ、算入の程度を遅延の範囲と同置することはあり得ない。むしろ、算入は、刑罰のごく一部に制限されなければならないのである。」⁴⁴¹⁾

443 f この後は、犯行と判決の間の長い時間と手続の負担を減輕的に考慮することと並んで、そして、規約違反性を明確に確認することと並んで、執行の引き下げが必要とされるのは、手続の期間が規約に著しく違反している希な事例においてに限られている。想定しうるのは例えば、警察⁴⁴²⁾ ないし検察庁による個々の捜査行為の間に、起訴の提起と開始決定⁴⁴³⁾ の間に、判決と検察により記録が連邦検事総長に提出されるまでの間に幾月も、あるいは、憲法訴願手続で幾年もが⁴⁴⁴⁾、それが何らかの形で実質的に正当化されることなく、経過したような事例である。

441) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt 1/07—Rdn. 56.

442) 11か月 (BGH Beschluss vom 27. September 2007—4 StR 251/07).

443) 起訴から公判の間に2年かかった事案として BGH Beschluss vom 6. Dezember 2007—5 StR 478/07.

444) die Sachen 2 BVR 2017/94; 2 BVR 656/99 (juris) のみを参照。

443 g 規約違反性の確認のみで足りる場合 比較的重大でない事例や、——通常はそうであるが——非物質的損害が問題になっている場合には、手続時間が人権規約に反することを単に確認するだけで、被疑者・被告人の苦痛の状況が考慮され得る⁴⁴⁵⁾。このことは、とりわけ手続による負担が、例えば抗告人が一度も未決拘禁されなかったが故に、とくに重大なものとはならなかった場合にはとりわけ十分なものとなる⁴⁴⁶⁾。また、犯行と判決の間の時間的間隔や手続が長期間に及ぶことの負担が、既に量刑の枠内で十分に考慮された場合にも、単なる確認だけで足りる。

443 h 人権規約第6条第1項第1文に基づく手続障害 他方、人権規約第6条第1項第1文から直接に導かれ得る手続障害のために、打切りによってのみ正当なものとされ得る場合のような極端な場合があるかもしれないということは、従来どうり否定され得ない。そのような事態が生じ得るのは、警察ないし司法機関の不作为による長期の遅延の場合、より長い未決拘禁の場合、そして、刑事事件にわずかの意味しかない結果、単に刑を減輕することによって負担がもはや清算され得ない場合である。大刑事部は、そうした事情について付随的にのみ態度決定を示している。大刑事部は、執行の引き下げにより要請された補償が責任に応じた刑罰に達する、あるいは、それを超えてしまう場合にのみ、手続の打切りに言及しているの⁴⁴⁷⁾である。しかし、打ち切りは、現在では、極端な場合では、刑の重さにつき決定されないしは決定がなされ得る状態に至る以前に既に可能でなければならない。手続障害に基づく打切りの可否を判断するにあたっては、行為責任は考慮されてはならず、手続期間の長さが規約に反する程度だけに着目されなければならない⁴⁴⁸⁾。

443 i 執行の引き下げ この両方の法効果の間で、上述の前提条件とともに、量刑による解決がこれまで妥当してきた。現在では、執行による解決がこれにとって代っているのである。これによれば、まず、一般的量刑の観点によって刑罰が確定される。そこから、次のことによって、人権規約により要請された補償が生じる。すなわち、判決文で、科された刑罰の一部が見積もり上の執行されたものとみなされると述べら

445) EGMR StV 2005, 475, 477 mit Anm. Pauly (Urteil vom 10. 2. 2005—64387/01) Rdn. 39.

446) EGMR StV 2005, 475, 477 mit Anm. Pauly (Urteil vom 10. 2. 2005—64387/01) Rdn. 32, 39 における事件と同様。

447) Beschluss des Großen Senats vom 17. Januar 2008—GSSt 1/07—Rdn. 52.

448) Imme Roxin StV 2001, 490; Kempf StV 2001, 134.4

れることによってである⁴⁴⁹⁾。

「被告人を……の罪により4年の自由刑に処す。うち、6月は執行されたものとみなす。」

この引き下げが、既に生じた刑の減輕と並んで、どの程度の幅でなされなければならないかについての基準は、存在しない。大刑事部は、いくらか謎めいて (sybillinisch)、第51条の未決拘禁の算入と同じような意味で遅延の程度と算入の程度を一致させることは誤りであるとする。この算入は、どちらかといえばわずかなものである刑罰の一部分に限られなければならないことが多いというのである (大刑事部の判決の引用については、Rdn. 443eを見よ)。

事例群

443 j 最初から保護観察付きの自由刑が認められる場合にも、同様に、自由刑の一部が執行されたものと宣言される。もちろん、このことは、執行猶予が取り消される場合に初めて、実務的影響を有する。しかし、大刑事部は、次のことをも指示している⁴⁵⁰⁾。すなわち、手続が人権規約に反する長期にわたったために、刑法第56条b第2項から第4項 (公益施設ないし国庫に金額を支払うこと、ないし、公共に役立つ仕事をすること) の意味での保護観察命令も免除され得るということである。

443 k 罰金刑の賦課の場合には、科された日数罰金の一部が執行されたとみなされることが数値を明示して明言される⁴⁵¹⁾。

443 l 疑わしいのは、大刑事部の終身刑についての考慮である⁴⁵²⁾。判文では次のように述べられている。すなわち、「ここで例外的に、そもそも補償が必要であるとすれば (BGH NJW 2006, 1529, 1535 参照)、刑法第57条 a 第1項第1号の意味での最低限の服役期間に算入することによって補償が行われ得ることになろう」。刑法第57条 a を通じた補償というやり方には賛同することができる。とはいえ、行為の重大性のみを理由として、手続が人権規約に反する時間を要したことの補償が原則として排除される、ということが表現されているのだとすれば、これに従うことはできない。しかし、BGH NJW 2006, 1529 は、そのように明言しているわけでもない。憲法上の抗告手続が6年にも渡り、それ故、手続の継続期間が確実に人権規約違反であること

49) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt 1/07—Rdn. 57.

450) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt 1/07—Rdn. 51.

451) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt 1/07—Rdn. 52.

452) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSSt 1/07—Rdn. 31.

量刑の実務(一)

についての補償は、この事案においては、完全に具体的事例に依存する理由で、否定されているのである⁴⁵³⁾。

443m 大刑事部は、命じられた補償の程度が責任に応じた刑罰に達する、ないし、それを超えてしまう場合には、——従来通り——刑法第59、第60条の適用ないしは便宜主義による手続の(一部)打切りが考慮されるべきであり(刑事訴訟法第153条、第153条a、第154条、第154条a)、場合によっては、憲法から演繹される手続障害が手続の続行を妨げるかどうか判断されるべきである、としているが、これでも同様に問題がないわけではない。これらの事例においてあり得べき手続障害のうちの一つを認めるという方法を探る場合を除いて、大刑事部は、自らがその執行期間による解決によってまさに放棄した基準に依拠するのである。それによれば、手続が人権規約に違反する時間を要した場合は、責任非難の程度がより低くなることを認めるべきではないはずである。しかし、刑の留保つき警告や刑事訴訟法第153条、第153条aによる打切りは、このことを前提としているのである。本決定では、憲法に合致する法状態の確立のために、他の、真の補償となる解決を模索し、従来発見された解決方法をシステム適合的(systemkonform)ではないとして拒否して、別の事件についての大刑事部決定⁴⁵⁴⁾、においてその可能性が言及された、金銭による損害賠償給付を導入することを立法者に要求する方が自然であったであろう。

444 移行法(Übergangsrecht) 上告手続において、被告人の上告により、刑の減輕により規約に反する手続の期間が考慮された判決が破棄され、新たな裁判に事件が差戻されるべき場合は⁴⁵⁵⁾、新たな事実審判事が、大刑事部の原理によって、刑罰を新たに量定しなければならない。従って、その判事は、人権規約に反する(法治国家違反の)手続の期間を減輕的に考慮してはならないのであり、そこから、刑事訴訟法第358条の不利益変更の禁止(Verschlechterungsverbot)がどの範囲にまで及ぶのかの問いが立てられる。

第3刑事部の最初の判例によれば、刑事訴訟法第358条の不利益変更の禁止は、先に受けた判決によって科されたものより重い刑を科すことを妨げない。但し、この刑

453) これについては Niemoller DRiZ 2006, 229.

454) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSt 1/07—Rdn. 41.

455) 上告審が刑事訴訟法第354条第1項a第1文によってそれ自体でより良い形で決定していない限りでのことある。BGH Beschluss vom 27. September 2007—4 StR 251/07—(juris)を参照。

が先の判決で本来科されるべきものと宣告された単一刑および合併刑を越えない限りで、である。また、新たな判決によってなお実際に執行されるべきだと宣告される(併合)刑(すでに執行されたものと看做されると明示された部分の控除後の刑期)は、先に宣告された(併合)刑より重くなってはならない。被告人は、より重い刑を科されることによってより悪い待遇を受けることにはならない。というのも、残刑が保護観察のために猶予される時点が、新しいシステムによって早期化されたからであるというのである⁴⁵⁶⁾。

444 a このような考え方には従い得ない。確かに、不利益変更の問題にとっては、全ての不法な結果の比較が必要であるが⁴⁵⁷⁾、しかし、変更は「より軽い処分の方」にのみ許されるのである⁴⁵⁸⁾。自由刑の場合、あらゆる増加(加重)は、仮にそれと共に被告人にとって有利な法効果が生じる場合でも、不利な状態に置くことを意味するのである⁴⁵⁹⁾。ゲッセルは何の留保もなく次のように古典的に言い表した。すなわち、「自由刑は新しい判決で加重されてはならないのである」⁴⁶⁰⁾と。

第3刑事部の判例の不適切さは、次のような事例でも示される。すなわち、(破棄された)原判決において、人権規約に反する手続遅延のために、3年の自由刑という責任に応じた刑罰の代わりに保護観察付きの2年の自由刑が科されていたとすると、今回は、そのうち1年は執行されたものとみなされる、3年の自由刑が言い渡され得ることになるのである。しかし、その場合、刑の執行猶予は、まだ執行されていない2年については考慮されない。というのも、宣告された刑罰が、56条によって執行猶予をつけることが可能な2年という枠を超えているからである。第57条第2項による半期執行後の残刑の執行猶予(Halbstrafenaussetzung)が考慮されるためだけでもそれ以前に、少なくとも、6月の自由刑がなおも執行されなければならないことになろう。このことが、総合考慮においても不利益変更を意味するという事は、疑いようがないものである。

444 b 加えて、刑が執行猶予になるということは、決して確実ではないのである。従って、総合考慮においては、執行手続について、留保されている条件は、いずれに

456) BGH Beschluss vom 18. Januar 2008—3 StR 388/07.

457) LR-Gössel § 331, 32.

458) LR-Gössel § 331, 33.

459) LR-Gössel § 331, 58; 62; Meyer-Goßner §§ 331, 17.

460) LR-Gössel § 331, 62.

量刑の実務(一)

せよ考慮されてはならないのである⁴⁶¹⁾。そうでなくても、被告人は、既により重い刑罰があり得るといふ法効果によって不利益に扱われているのである。それを大刑事部は⁴⁶²⁾ 次のように印象深く列挙している。

「例えば、刑罰が保護観察のために猶予され得るかどうか、そしてされるとすればどのような要件の下であるか(刑法第56条第1項から第3項)、保安監置の賦課(刑法第66条第1項から第3項)、その留保(刑法第66条a第1項)ないしその事後的指示(刑法第66条b)についての形式的要件が満たされるかどうか、公務員資格や被選挙権、選挙権の喪失が生じるかどうか(刑法第45条)、行状監督が指示され得るかどうか(刑法第68条第1項)、刑の留保つき警告が考慮されるかどうか(刑法第59条第1項)、刑が免除され得るかどうか(刑法第60条)、いつ刑の時効が生じるのか(刑法第79条)、といった諸問題について、不利益を被るのである。それだけにとどまらず、より重い刑は、そこに、公務員法上(公務員資格法第24条、裁判官についてはドイツ裁判官法(DRiG)第24条)そして外国人法上(出入国管理法(AufenthG)第53条(強制国外追放)、第54条(法定加減事例における追放))の一連の規定において付与される意味を有し、連邦中央登録簿法(BZRG)(例えば第46条(削除期間の長さ)を見よ)による削除期間ないし職業中央登録簿への記録の前提条件(営業令(GewO)第149条第2項第4号(職業中央登録簿の設置))についても、そうである。」

D. 予 防

1. 法律上の規定

1. 第46条, 第47条, 第56条, 第59条

445 予防的考慮は、刑法それ自体の正統性に資することができるが、刑の量定にとっても重要である。

法律は、例えば代案⁴⁶³⁾第2条第1項に規定されたように、刑罰の目的を明文で規定することをしなかった。代案は次のように規定する。

「刑罰および処分は、法益の保護と行為者の法共同体への復帰に資するものとす

461) LR-Gössel § 331, 36.

462) BGH GS Beschluss vom 17. Januar 2008—GSSt 1/07—Rdn. 44.

463) Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Tübingen 1969.

る。』

しかし、第46条という刑の量定の中心的な規定には、その第1項第2文に重要で特別予防的な観点が見出される。刑罰が社会における行為者の将来の生活に与えると予期し得る効果が考慮されるべきことを求めているのである。

特別予防的そして一般予防的観点は、刑の量定に関わるものではなく制裁の選択や制裁の形態にかかるところのその他の一連の規定においても言及されている。

例えば、第47条は、短期自由刑を、行為者に対する影響のため（つまり特別予防的理由から）又は法秩序の防衛のため（つまり一般予防的理由から）にのみ許容しており、そして、同様の形で、もっぱら特別予防的そして一般予防的理由が、1年未満の自由刑が保護観察のために（執行）猶予されるかどうか（第56条第1項と第3項）を決定する。1年以上2年未満の自由刑の（執行）猶予（第56条第2項）や刑の留保付きの警告（第59条第1項第1号と第3号）が問題になる場合には、いずれにせよ、予防的視点が重要な役割を果たす。

2. 帰 結

446 このどちらかという不十分な法律上の規定は、いずれにせよ、刑罰が再社会化の意味で行為者に影響を与えるべきであること（第56条第1項と第47条第1項を参照）、加えて、刑罰の行為者の将来の生活への効果が脱社会化の回避のために考慮されるべきこと、そして、刑罰が積極的一般予防の意味で、法秩序を防衛し、法を実行し、そして法への忠誠の維持に寄与するという任務を有すべきことから、導かれる。

この予防的視点の個別具体的な諸点については、既に短期自由刑（Rdn. 110 以下）および保護観察のための刑の（執行）猶予の諸要件を扱った際に詳述した（これについては上述のRdn. 126 以下を見よ）。

II. 学説と判例の態度

1. 一般予防

447 一般予防は学説においては本質的に二つの観点の下で考慮される。すなわち、刑罰を加重する事由（Strafschärfungsgrund）としての消極的一般予防に対しては、その効果に疑いが持たれるが故に、学説上⁴⁶⁴⁾、重大な疑念が提起されている。従って、消極的一般予防は、刑罰を重くする事由としては、学説上ほとんど異論なく否定され

464) Maurach/Zipf § 63, 90; Bruns, S. 197 を参照。

ている⁴⁶⁵⁾。判例も今日では、刑罰を重くする事由としての消極的一般予防を責任に相応する刑量の枠内でしか、そして、全く狭い要件の下でしか承認していない(Rdn. 465 以下)。

448 これに対して、立法や判例、学説上でますます重要となってきたのが、正当な刑事司法による一般的価値意識の安定化の意味での規範の確証という任務を伴う、積極的一般予防(統合予防)である。もちろん、この観点は、第一義的に刑法及び刑罰それ自体に関わるものである。法律は、この考え方を、刑種の選択においてたびたび(例えば、第47条、第56条、第59条において)用いてきた(法秩序の防衛)⁴⁶⁶⁾。

刑の量定の際には、この考え方は、法の正しさについての一般的説得性を損ない得るであろう刑罰を禁じる限りにおいて一定の役割を果たし得る⁴⁶⁷⁾。従って、この考え方は、一般的正義の視点、人々への需要を考慮して、とりわけ、犯行の時点が著しく過去にさかのぼる場合(Rdn. 549)や長期に及ぶ手続期間(Rdn. 438)、損害回復(Rdn. 549)の場合、共犯者が訴追されない場合⁴⁶⁸⁾に、刑の減輕に至るのである。しかし、そうでなければ法および法の実行可能性への信用が害されるだろう場合には(第56条第3項参照)、特別予防的に志向された減輕とも対立し得るのである。国家に帰せられるであろう犯行誘発の場合の法状況については、Rdn. 471を見よ。

2. 特別予防

449 第1次刑法改正法⁴⁶⁹⁾は、「特別予防への重点の大幅な移動」⁴⁷⁰⁾をもたらした。と

465) Schönke/Schröder/Stree 13 vor § 38; Roxin AT § 3 Rdn. 32; Maurach/Zipf § 6 3, 90; Bruns, S. 19; Frisch ZStW 99 (1987) 349, 371 を参照。しかし oth NStZ 1990, 219 und Curti ZRP 1999, 234; Tröndle/Fischer § 46, 9-12 も見よ。466) 特別予防につきBGHSt 24, 44; Maurach/Zipf § 63; LK-Theune § 47, 27. OLG Düsseldorf JR 2001, 202 (204) m. Anm. Wohlers を参照。そこでは、事物に即した根拠付けをすることなく言われる「様々な保護観察の不全」にもかかわらず、保護観察は、公共においては「犯罪行為の正当化されていない回避としてみなされ」得るとされる。

467) Schöch in: 50 Jahre BGH—Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Bd, IV S. 309 (312).

468) BGHSt 39, 1 (36) = StV 1993, 9 (18)—1. Mauerschützen-Urteil—は、当時まだ有罪判決を受けていなかった主たる責任のある背後者を考慮しての国境警備兵に関するものである。

469) 1. StrRG vom 25. Juni 1969 (BGBl. 1969, 645).

りわけ、行為者の再社会化が強く前面に押し出されたが、それは、最終的に、行刑法において、行刑目的はもっぱら特別予防的なものとみなされるという奇妙な帰結を導いたのである（行刑法第2条参照）。この再社会化の高揚は、この間、鎮静化が続いて後退している。自由刑の執行による人間の改善への信仰は、上述の（Rdn. 448）積極的一般予防——統合予防——として特徴づけられる観点の背後に退いたのである⁴⁷¹⁾。

450 しかし、連邦通常裁判所がその最初の原理的決定で持続的にそれへの指示をしていたにもかかわらず⁴⁷²⁾ 実務が長い間それに留意しなかった別の特別予防的視点がその重要性を増すことになった。連邦通常裁判所は、既に1970年に46条1項2文の規定から次のことを導いていた。すなわち、法律自身は、刑罰の効果が「考慮」されるべきであると規定しているにすぎないにもかかわらず、刑罰の意図しない社会侵害的な副作用は適切な量刑によって、「回避」されるべきである⁴⁷³⁾、ということである。この考え方は、刑の量定にとって、正当な刑罰のために、社会侵害的な効果を持たない刑罰が是認できるものであるかどうかチェックされなければならないという形において具体化されるまでになった。具体的には、その際、保護観察付きの（執行）猶予がなおも可能であるか、あるいは、公務員資格の喪失ないし弁護士業の許可の取消しに至るかどうかが、である。犯行後の社会の安定化を強調することも、連邦通常裁判所の判例では⁴⁷⁴⁾ ここに属するのである。

最後に、さらなる点で転換が示唆される。すなわち、短期自由刑に対する特別予防的に根拠付けられる罰金刑の絶対的な優位が、次第に不十分だと受けとめられるようになったのである。とりわけ法秩序を特段に厚顔無恥に犯している行為者に対して（保護観察のための（執行）猶予を伴った）自由刑を賦課するという必要が、増大しているのである。ここでは、実務上、労働者の請負（Arbeitnehmerüberlassung）、労働者の社会保険への保険金不払い、並びに、扶養義務違反の領域で問題となっている。ここでは、自由刑の賦課への限定要件が、明確な警告がなされなければならない場合について、慎重に緩められているのである⁴⁷⁵⁾。

（中村 悠人）

470) BGHSt 24, 42 = NJW 1971, 439; BGH NStZ 1993, 584 = StV 1993, 638 (639).

471) これについての詳細は Schünemann GA 1986, 346.

472) BGHSt 24, 42.

473) BGHSt 24, 42; BGH SIV 1989, 479 (nur LS) も参照。

474) BGHR StGB § 177 Abs. 1 Strafzumessung 12.

475) Weigend JZ 1986, 260 を参照。