

刑の量定

—スウェーデンの量刑改革提案の評価—

中
村
秀
次

目次

- 一 まえがき
- 二 本論
 - (一) スウェーデンの量刑改革提案概説
 - (二) 提案の量刑目的とその一般的内容
 - (三) 提案の処罰目的の特例的条項
 - (四) その他の注意すべき条項
- 三 あとがき

一 まえがき

刑の量定に關しては、裁判官に指導となるものを提供するかどうか、裁判官の裁量を構造化し、規制することはどうか、ということが常に問題として意識される。この点、大まかに言つて、經驗的に三つの方式が見られる。第一は、量刑に當る裁判官に特に指導となるものを提供することなく、裁判官に著しく広い範圍の裁量を認めるものである。これは、一九世紀末から今世紀六〇年代までのアメリカに代表されるものであった。第二は、それと對照的に、詳細にわたる多数の規準を通して裁判官に指導となるものを提供し、量刑に規制を加えようとするものである。これは、今世紀七〇年代以降のアメリカの諸州の例に代表されるものである。様々の犯罪類型に対して一般的に宣言される推定刑を想定し、それからの離脱は、例外的な減輕・加重事情のある場合に限られるやり方がその例である。第三に、簡単に言えば、これら無規制の裁量と具体的な量刑指針の明定との中間にあるものとして、量刑原理を法文中に明確に記述する方法がある。その中にも、量刑の正当根拠の記述の度合いは一様ではなく、相當に詳しいと思われるものから簡単なものまで多様である。

どのような行き方が適切であるかは、事情によることでもあり、一概なことは言えないが、近代以降の今日的視点から、正義・公平の觀念に特に注目する立場からとらえるならば、第一の方式には殆どひかれるものを見出しえない。第二の方式は、著しい特徴をもった注目すべきものと思われるが、それ相應の困難さが伴う。それは、ミネソタの量刑指針の経験の中にかうかがい知ることができ。ミネソタの量刑指針には二つの疑問点が指摘されている。第一の疑問点は、多くの犯罪の前置をもった犯人にとって、その所謂量刑座標の右側部分の処置ラインの傾き具合に關する。

ミネソタ量刑委員会の所謂修正デザート原理によれば、その処置（プリズン入・出）ラインは、下方に緩かに傾くはずであった。即ち、犯罪を反復する者であっても、それが軽い犯罪である場合には、プリズンに入れられる可能性は低いかあるいはないことを示したはずである。併し、現実には何度も犯罪を反復する者は、厳しい取り扱ひを受けることになる。その量刑座標の右側部分における升目に対してプリズン拘禁刑が規定されたからである。委員会の判断によれば、高い犯罪経歴得点をもつ犯人は多くはないであろうから、そのような犯人をプリズンに拘禁することにしてもプリズン収容能力に対する影響は少ないであろう、ということであった。このような社会的に危険であると通念的に言われるような反復犯人に対して厳しい線引きをすることは、その量刑指針全体の政治的受容可能性を高める、と考えられたものであろう。第二の疑問点は、犯罪前歴得点の評価に関するものであった。原則は、過去の重罪での一個の有罪決定は、量刑指針の座標の水平軸に表現される犯罪経歴得点に一点を加える、というものであった。併し、その有罪決定が多数の訴追事実から成っている場合には、恰も各訴追事実が別個の重罪であるかのように取り扱われ、プリズン拘禁の可能性を高めることになった。ミネソタの訴追者は、多数の有罪決定を獲得し、犯罪記録を積み上げることによって、プリズン拘禁の可能性の高い量刑座標の右側部分へと当該事案を押しやることのできた。その結果として、通例の財産犯で有罪決定された多くの者がプリズンに拘禁される比率が高まることになった。これは、プリズン拘禁は主にもっと重大な犯罪（人身に対する犯罪）に対して適用しようとする委員会の当初の意図にもとるものであった。これらの異例の扱ひは、改善できないわけではないが、仲仲に改善し難いことである。

推定刑指針方式には、本来的に二つの夫々に困難な作業が要求される。第一は、その制度の主要目的を確定すべき量刑の正当根拠を選定することである。それから、その正当根拠に適合的な犯罪特性乃至犯人特性を特定することである。第二は、罪と罰の定率表（相関表）を構築することである。各犯罪類型に対して普通に加えられるべき刑を決定

することである。併し、この定率表の構築が先の処罰の正当根拠、量刑目的を曇らせることがありうる。量刑座標上に数量表示を行う仕事が続いた場合、量刑原理と矛盾する内容のものが結果することがある。不注意によって矛盾が生じる。あるいは、量刑座標を政治的にもっと魅力のあるものに見えるようにしようとする思惑からも矛盾が生じうる。量刑委員会等が具体的な数量表示の指針を書く際には、少くとも立法者によって拒否されないようなものを作成しようとするであろう。そのため、作成者は、受容可能性に心を奪われることもありうる。

そこで、量刑の正当根拠を選択するという機能と罪刑の定率表を構築するという機能とを分離することが考えられる。この考え方によれば、量刑委員会等の役割は、正当根拠を選択するという第一の機能に集約されるであろう。その規準は、量刑原理の宣言から成るであろう。ここでは、量刑政策の全般的方向が決定される。量刑上の判断の要因としての犯罪特性及び犯人特性が特定され、刑事施設に収容されるかどうかについての大きな指導規準が提供されるであろう。次に、量刑の定率表を詳細にわたって展開する任務は、裁判所に委ねられるであろう。要するに、量刑原理宣言の方式の下では、座標系の代りに、文言によって規準が表明されよう。その規準は、量刑目的の宣言から始まって、例えば、デザート目的の観点では、刑は公平に見て犯人の犯罪行為の重大さと釣り合うべきであるという言明が続くであろう。次に、主要な量刑決定因子が特定されることになる。それについては、犯人の現在の犯罪の重大さが決定的であるべきであり、過去の有罪決定は、考慮に加えられてよいけれども、現在の有罪決定より以上の重みを与えられてはならない、ということが明言されるであろう。更に、刑事施設を使用するかどうかに関する一般的政策が指示されよう。一方、裁判所の側では、上訴審の量刑審査体制が整備されるであろう。上訴裁判所は、これらの量刑原理に従うことが求められる。判例法の充実と共に、具体的な罪刑の定率表が構成されてくることになるであろう。諸条件が十分に整うならば、この原理宣言方式は、アメリカの先進的諸州が遭遇したような諸々の困難さを避ける

二 本 論

ことができるであろう。具体的な罪刑の定率表が提示されることはないから、政治が直接的に関与することは少ないであろう。細目は判例法に委ねられるので、意図されない結果が生ずるのを避けることは容易であろう。こういう視点から、スウェーデンの量刑に関する提案が検討に値する。

(一) スウェーデンの量刑改革提案概説

今世紀中葉、スウェーデンは、社会復帰の矯正処遇に向けられる関心によって国際的に注目されたものである。併し、現実にはそれは、アメリカの矯正処遇ほど徹底したものではなかった。不定期刑は、年少犯罪者とか反復犯罪者のような特別の対象に対してしか用いられなかった。⁽⁸⁾ 量刑の定率比例の考え方は、スウェーデンの社会復帰処遇理念の全盛期の間にもその影響力を相当にとどめていた。併し、量刑の基礎として、将来の再犯予測を強調すること及び処遇を強調することは、進歩的思想の印しとみなされた。⁽⁹⁾ スウェーデン刑法典は、少年や反復犯人以外のものに対する刑の選択に関しては、それほどどの関心を示さなかった。同法典の量刑法は、広い立場において、社会復帰処遇と一般予防の考え方を含んでいた。そして、それらの目的が裁判所によってどのように実現されるべきかに関しては、指示らしいものは殆ど提供されていなかった。法定の刑の上限と下限との間の幅は、アメリカほどではなかったとしても、公平に見て広く、より重大とみなされるような犯罪に対して殊に大きかった。刑法典は、一般的に次のような量刑目的を示している。一つは、一般の法律遵守を維持することであり、今一つは、犯人の社会復帰に役立つことであ

説⁽¹⁰⁾る。併し、裁判所にとって、これらの潜在的に衝突し合う目的をどのように達成すべきかは不明である。犯罪及び

論

犯人のどのような特徴がどのように強調されるべきなのか、というようなことを示唆するものは見当らない。また、重要な論点とされるべきであるのに、何の言及もされていないものがある。殊に犯罪の重さとその刑罰の厳しさとの間の釣合の問題などがそうである。量刑に対して一貫した政策を提供するようなもの、何れの刑罰目的を優越させるべきかの選択を助けるようなもの、また、犯人あるいは犯罪の如何なる特徴が重視されるべきかの決定を助けるような、指導となるものは必要とは考えられなかった。

その後、スウェーデンでも、アメリカと同様に、その量刑法の構想に関して変遷が見られることになった。思想上の変化の徴候となったのは、不定期刑条項の削除であった。それと共に、スウェーデン刑法典は、裁判官が刑を選択するための指導となるものを十分に提供しない、と感じられることになった。所謂刑罰社会復帰処遇思想よりの離脱現象と言われることが起った。強制的処遇によって犯罪者を治療しようとするような制度の性能は、極めて限られたものでしかないことが公然と認知され始めた。言わば実証主義の呪縛からの脱却はまた、所謂予測的抑制(予防拘束)の領域にも広がった。刑の量を決定するために犯人の将来の犯罪行動の予測を用いることにも反省が加えられることになった。⁽¹²⁾ 将来の犯罪行為の予測の正確さについて、問題が提起された。過去の犯罪に対してでなく、将来起るであろうと予測される犯罪に対して人を処罰することの公正さが疑問視されることになった。そして、釣合・均衡の考え方、犯人の犯罪行為の重さと一致する公正な刑罰という考え方への関心が再び強く起ってきた。⁽¹³⁾

新しい考え方は、一九七七年に公刊された文書『新しい刑罰制度——理念と提案——』からも相当の刺激を受けることになった。⁽¹⁴⁾ この文書は、スウェーデン犯罪予防国民会議のために、学者、実務家から成る共同の作業集団によって書かれたものである。これは、量刑裁量を構造化すること、罪刑の釣合を保つことを強調するものである。北欧で

は、この傾向は新古典主義と呼ばれる。その立場は、アメリカのジャスト・デザートの学派とも相互に影響を及ぼし合っている。⁽¹⁶⁾

スウェーデンの新古典主義者が先ず取組んだのは、不定期量刑制度を刑法典から削除することであった。既に、長期間にわたる危険性を測定する信頼しうる手段もなければ、能力もないことが認識されていた。また、犯人が拘禁されるべきかどうか、どれほどの期間拘禁されるべきかを決定するに当って、現在の犯罪行為の重さを無視する必然性がある点でも、不定期刑の非決定性は不公正である、と主張された。一九七九年に年少者に対する不定期拘禁が廃止され、一九八一年には成人に対する同様の措置も廃止された。⁽¹⁶⁾

次には、刑法典の量刑に関する一般条項に目が向けられた。一九七九年には、その問題を検討するために刑事施設拘禁に関する研究委員会が設置された。一九八六年には、レポート『犯罪に対する制裁』が公表された。⁽¹⁷⁾ そのレポートは、多くの犯罪に対する刑の上限・下限の引き下げ、日数罰金に対する適格規則の変更、条件付釈放に関する規則の変更等を勧告しているが、最も中心的なものは、刑の量定、刑の選択のための原理に関するものであった。これらの提案は、大部分、専門家(学者・実務家)の作業集団によって実質的に作成され、委員会に提示されたものであった。委員会の提案は、慣例通り、学者、実務家その他の利害関係者に対して回付された。その刑の選択、刑の量定に関する条項は、一般的に好意的論評を受けた。⁽¹⁸⁾ 一九八七年、法務当局は、対応を検討した後、それらの提案を支持することを決定した。

刑の量定

スウェーデンの刑事施設拘禁に関する研究委員会は、一般的な量刑方式をどのように捉えたであろうか。裁判官の刑の量定を指導するものとしてはどれほどの分量のものがあるべきか、誰がその指導を提供するか、という論点についての様々の解決策に検討が加えられた。先に述べたように、一つの極端は、指導の役目を上訴裁判所に任せる英国

説
のような方法であった。他の極端は、狭い刑の幅をもつ多数の量刑端子からなるミネソタのような方法であった。研究委員会は、言わば中間の様式を選択した。即ち、そこでは、法は量刑の原理となるものを提供し、裁判所は、個別事件で刑の量を決定したり、刑を選択したりするに当って、それらの原理を適用するものである。英国の量刑法学は、スウェーデンの研究委員会に感銘を与えることはできなかった。明文の援助のない上訴裁判所の指導という英国の解決策は、スウェーデンに適しているように思われなかった。スウェーデンの上訴裁判所——最高裁判所及び六つの

控訴裁判所——は、多年にわたって刑を審査すべき権限をもっていた。併し、量刑に関する包括的な学問的体系は出現しなかった。スウェーデンの上訴裁判所は、一般的に選ばれた型の事件に対して指針となるべき判断を下すというような英国の控訴裁判所の実務慣行に倣うようなことはなかった。⁽¹⁹⁾ スウェーデンでの調査によれば、一九八五年には、上訴された地方裁判所事件の刑の四二・五パーセントが控訴裁判所によって訂正された。⁽²⁰⁾ 併し、それらの修正判決は、通例、事件の特殊事実に着目するのみであり、より広範囲に指導となるものを提供することは希であった。⁽²¹⁾ スウェーデンの研究委員会は、ミネソタ方式の解決策もとらなかつた。委員会の提案は、諸原理から成るものであり、刑を決定するに際して考慮されるべき主要な事項を記述するものである。

北欧では、スウェーデンの刑事施設拘禁委員会の提案の前に、フィンランドの量刑法があつた。一九七六年にフィンランドは、その刑法典に新しく第六章を付け加えて、刑の選択・刑の量定を規定した。その最も重要な条項では、犯罪の重さ（侵害性と有責任）が刑の厳しさの主要因となることが規定されている。⁽²²⁾ フィンランドは、同法の下で一〇年以上の経験を有したことになり、量刑慣行は、犯罪行為の重さの程度を重視する方向へと変化しつつあると言われ⁽²³⁾、その方向は、実質的に支持を得てきたと言われる。⁽²⁴⁾ 併し、フィンランド法は、若干の問題点を未解決のまま放置している。その論点とは、刑事施設拘禁の使用に関するものであり、また、過去の犯罪経歴の役割に関するもので

ある。

それらの点に関して、スウェーデンの委員会の提案は、裁判所に対してよりよい指導を与えるであろう。そこでは、刑を認定するに当たっての道筋がより明白に指し示されているからである。それにも拘らず、委員会の提案は一群の原理から成るものであり、具体的細目にまで踏み込むものではない。達成されるべき処罰目的が述べられており、刑事施設拘禁が適切な制裁であるかどうか、どれほどの刑の量が適正であるのか、についての判断の枠組みが提供されている。現実制裁の具体的類型は、時の経過と共に、裁判所によって展開されることが想定されている。この提案と一九六五年刑法或いは英国その他類似の国の状況との間の相違は、裁判所はもはや真空の中で仕事をするような地位に置かれるものではない、ということである。裁判所は、量刑の一般的形態と目的に関して、また、量刑時に考慮されるべき諸問題に関して、指導となるものを受け取ることになる。²⁵⁾

提案された量刑法は、二つの部分から成っている。第三章は刑罰に当てられている。スウェーデンでは、「刑罰」の名で呼ばれるのは罰金と刑事施設拘禁である。犯人が罰金刑の適用条件を満たすと認められる場合には、この章を適用するだけで十分である。事件がもっと重大であって、罰金だけでは適当でないと判断される場合には、更に三四章にも目が向けられる。三四章は、現実の刑事施設拘禁とその代りとなるもの——条件付判決、保護観察——との間の選択に当てられている。提案は、このように三つの等級の刑を予定することになる。最低の段階は罰金であり、次の段階は条件付判決乃至保護観察であり、最高の段階は刑事施設への拘禁である。

(二) 提案の量刑目的とその一般的内容

〔正当根拠〕 提案は、刑罰は犯罪行為の重さと公正な釣合を保つべしという釣合、均衡刑の考え方に依拠している。

何故に刑は犯罪の重さと鈞合うべきなのかについては、北欧の新古典主義と同様の思想傾向をもつアメリカのジャスト・デザート論の中に明確な言明を見ることができ(26)。鈞合・均衡刑の観念は、悪に対する報いとか、罪と償いとかいうような言わば形而上学的な観念を前提とするものではない。刑罰は非難を含む制度であるから、というのが簡単明快な解答である。刑事制裁と民事制裁との間の相違は、一般的に刑事制裁は行為者に対して非難を加えるが、民事制裁はそうではない、という事実にある。それ故、刑罰は非難の内包するものと一致するように割り当てられるべきであるということは、正義・公平の観念の要求するところであると認めざるをえない。ところで、アメリカの所謂一般予防論者は、功利的観点から、抑止——結局は刑罰の威嚇力——に重点を置き、均衡性とデザートの考え方に対しては殆ど考慮を払わない傾向にあった。これに対して、北欧の新古典主義者は、この点で異なる取組み方をしてきたようである。北欧の学者の一般予防の議論は、犯罪行為に対する禁止の観念を強化するに当って、刑罰の道徳的・教育的効果に注目してきた。行為者がその行為に対して有責なものとして取り扱われ、通常人の正義感を反映する均衡のとれた様式で制裁を受けるとすれば、人々の道徳的自己抑制の感覚は高められるであろう、と『新しい刑罰制度』の著者は主張した。スウェーデンの多くの一般予防論者を新古典主義の陣営に引きつけることになったのは、このような考え方であ(27)った。これはやはり功用主義の立場に傾いたものであり、疑念は残る。

〔刑の決定基準〕 鈞合・均衡刑の決定に関する提案の中心的な考え方は、犯罪の処罰価値という概念である。提案は、「犯罪の処罰価値は犯罪の重さによって決定される」と述べている(28)。犯罪の重さを決定するに当っては、行為の侵害性と行為の有責性に特別の関心が向けられるべきものとされる(29)。行為の侵害性と有責性の観点から犯罪の重さを定義することは、最近のデザート論者によっても一般的に認められているやり方である。

先ず、侵害性とは何か。侵害乃至侵害の危険が犯罪の重さを決定するための要素であることは経験的に明白である、

と言えよう。侵害は、法定刑を定めるに当って、常に重要視されたものであった。そうであれば、提案の趣旨は、許容可能な範囲内で行為の侵害性に対して裁判官がもっと注意深い考慮を払うよう指示することであろう。侵害性中心の役割が与えられることによって、侵害がどのように評価されるべきかに関して、もっと入念な理論の展開が期待されることになるであろう。

次に、有責性とは何か。スウェーデンには、その言語の特殊性のために、有責性（責任）という言葉が存在しない、と言われる。提案は、もっと旧式の用語「つみ」という言葉を用いている。⁽³⁰⁾「つみ」という言葉は、これまで一般には神学的含みをもったものを連想させるかもしれないが、ここではそのような意味内容のものが指示されているわけではない。提案が「その行為の中に現われた犯人のつみ」と言うとき、それは、行為に映し出された犯人の魂の中の何か捉え難い邪悪な状態のことを言っているのではない。一般に犯罪の主観的側面に関する有責性という観念に相当するものが指し示されている、と言つてよいであろう。故意、無謀さ、過失等の事情が考えられるであろう。⁽³¹⁾従つて、有責性の概念の解釈に当っては、実定法の諸条項が有用な手掛りを提供するであろう。例えば、刑法は、法定刑の上限及び下限を定めるに際しては、行為が意図されたものか、無謀に行われたのか、それとも過失によるものかという事情を考慮している。⁽³²⁾従来の量刑の難点は、裁判所は、そのような区別を重視するような刺激を余り有していなかった、ということであろう。それに対して、提案の下では、有責性が明白に強調されることによって、裁判所は、個々の刑を決定するに当って、有責性の各要素・程度をもっと注意深く測定し、判断することを求められることになる。

更に、責任減少事由の取扱いも重要である。これまで、スウェーデンの実体刑法の下で、免責事由の理論は入念に作り上げられてきたとしても、責任減少事由というべきものに対しては、余り明白な注意が払われてきたとは言えなかった。⁽³³⁾これに対して、提案は、これに明白に注意が払われることを求めており、これによって裁判所は、減輕事情

の判断に關しても、指導となるものを与えられることになる。⁽³⁴⁾ 挑発は、殺人の領域を超えて拡張され、犯罪一般に対する減輕事情とされた。⁽³⁵⁾ 行為者が、精神の異常さ乃至強い感情の高まり、或いはその他の原因のために、その行動を抑制すべき能力を低減していた場合も減輕事情とされている。⁽³⁶⁾ また、行為者の発達、洞察あるいは判断能力の点に明白な欠損があつて当該犯罪行為が生じた場合が減輕事情と認められている。⁽³⁷⁾ 更に、強い人間の同情のために犯罪に陥つた場合にも減輕事情とされている。⁽³⁸⁾

〔刑の選択〕 最も重い制裁とされる刑事施設拘禁の基準はどうであろうか。提案では、スウェーデン法としては初めて刑事施設拘禁のための判断基準が記述されている。⁽³⁹⁾ 刑事施設拘禁が通例的に加えられる場合には、二種のものがある。第一は、有罪決定された当該犯罪が重大である場合である。提案の文言によれば、「相當な処罰価値」を有する場合である。何れの犯罪がここに言う重大なものに該当するかは、裁判所の判断に委ねられることになる。武装強盗のような粗暴犯罪は、多分含まれると考えてよいであろう。論者によれば、重大な經濟犯罪もそれに含まれるべきであろう。⁽⁴⁰⁾ そのような犯罪で有罪決定された人々は、もしもその行為に対する責任の減少を根拠づけるような事情を特定することができないとすれば、刑事施設に拘禁されることになるであろう。そのような犯罪の場合、被告人が初犯者であつたという事実は、刑事施設拘禁を差し控えることを正当化するものではないであろう。その正当根拠は平明である。刑罰が行為の重さを反映すべきものとすれば、最も厳しい制裁である刑事施設拘禁は、最悪の行為とみなされるものに対して相応しいものとなるであろう。⁽⁴¹⁾

刑事施設拘禁が加えられるであろう第二の場合には、過去の犯罪経歴に關して生ずるものである。⁽⁴²⁾ 一般的には、提案の指向性は、過去の犯罪記録の役割を制限しようとするものである。即ち、重大な犯罪を行った犯人は、たとえ以前に有罪決定されたことはなかったとしても、拘禁されるであろうし、そうでないとみなされる犯人は、たとえ多数の

犯罪を反復した者であったとしても、刑事施設拘禁の制裁を受けることはないであろう。その限りでは、過去の犯罪経歴が現実的意味を有することはない。併し、犯された犯罪の重さが中程度の範囲内にあるような場合には、過去の犯罪経歴が一定の役割をもたされることになる。それらの犯罪は、それ自体としては、拘禁制裁を正当化するほどに重いものとは見られず、その周辺に位置するものである。例としては、侵入盗などがあげられる。⁽⁴⁵⁾その種の犯罪で有罪決定された犯人は、通例は提案の言う中間的刑事制裁、罰金と結合された保護観察乃至条件付判決等を受けることになるであろう。併し、そのような犯人が、実質的に重要な意義をもつと判断されるほどに犯罪経歴を積み重ねるに至った場合には、拘禁刑が選択されることになるであろう。⁽⁴⁴⁾但し、そのようにして拘禁刑が加えられる場合であっても、その拘禁期間を決定するに当って、過去の犯罪経歴が更に考慮されるものではない。⁽⁴⁶⁾言わば、一定程度に犯罪の前歴のないことが被告人の有利に考慮されるという考え方であろうか。従って、再犯加重、常習的犯人の特殊加重の取り扱い等は行われぬ。厳格なデザート論からすれば、犯罪の前歴は、被告人にとって良くも悪くも考慮されてはならない、とされるであろう。⁽⁴⁵⁾再犯であるからといって刑が加重されてはならないし、初犯であるからといって穏便な取り扱いを受けることもないであろう。これに対して、同じデザート論でも、初犯に対しては寛大な処置が許されてよいとする立場がある。⁽⁴⁷⁾初犯は、幾分緩和された刑を加えられることによって、その行為に対して相応に非難される。以前には違法行為に対して自己抑制が働いていたという事実に対して幾分か敬意が払われ、また、何人をもそのようなあやまちに導くことのある極めて人間的な弱さに対して何らかの同情が示され、刑も緩和される。併し、犯罪の反復と共に、このような考慮はその根拠を失い、十分に答責的であると判断されるに至る。こうして、通例通りの刑が加えられることになる。⁽⁴⁸⁾提案の考え方も、幾分かそれに似たところがある。

さて、非刑事施設拘禁として、先ず最も広範囲に用いられる制裁は、罰金である。それは、低い処罰価値をもつと

みなされる犯罪に対して選択される制裁である。⁽⁴⁹⁾罰金はまた、被告人の先行する犯罪記録が広範囲にわたっていた場合を除いて、中間的な重さでもその下方に位置づけられる処罰価値をもつとみなされる犯罪に対しても適用されるであろう。⁽⁵⁰⁾罰金と刑事施設拘禁との間には、二つの代替的制裁が規定されている。条件付判決及び保護観察である。これらの制裁は、単純な罰金よりも重いものであることを保証するために、金銭的罰によって補われよう。⁽⁵¹⁾

(三) 提案の処罰目的の特例的条項

委員会の提案は、具体的に犯罪の処罰価値と刑罰との釣合を強調するものであるが、純粹にそれだけのものとして貫徹されているわけではない。抑止目的、隔離目的及び社会復帰目的も考慮されている。但し、それらの目的は、一九六五年刑法におけるものよりも限定されている。

先ず、抑止目的を考慮した特殊条項がある。提案は、刑事施設拘禁のための一般的規準とは別に、刑事施設拘禁の追加的根拠として、「犯罪の性質」に関して特別の理由がある場合をあげている。⁽⁵²⁾文言を見ただけでは、その文意は明らかとはならない。提案は、刑事施設拘禁の根拠として、先に述べた通り、「相当な処罰価値のある場合」、「先行する犯罪経歴をもつ場合」⁽⁵³⁾をあげていたが、ここで、第三の場合として「犯罪の性質」⁽⁵⁴⁾が掲げられている。その内容を知るためには、委員会のレポートを参考にするのがよいであろう。この条項は、酒酔運転のような特殊な犯罪類型に対して刑事施設拘禁を用いることを可能とするように考案されたものであることがわかる。ここでは、抑止の観点が顕著であり、運転者にそのような危険な運転を差し控えさせるために、その個人的責任がそれほど重くないような場合においてさえ、刑事施設拘禁刑が加えられることになる。このような条項の中に現われる委員会の判断はどのようなものか。その種の提案を行うに当たっても、委員会が釣合を正義・公平の前提とみなしていることは明らかである。

併し、その前提は、絶対的なものと考えられているわけではない。その前提は、通例は守られるべきものであるが、それと反対の考慮が極めて切実に感じられる場合には、排除されうるものと考えられている。犯罪予防の考え方がそのような排除理由となりうるかは議論のあるところであるが、そのような緊要の場合がありうることは是認するとしても、それが認められるのは、ただそのことによって予防されるべき社会的侵害が極めて重大な場合に限定されねばならないであろう。⁽⁵⁵⁾ そのような権限は、裁判官には認められないであろう。裁判官は、そのような理由があるからといって、抑止目的に依拠させて刑を加えることは許容されないであろう。裁判官は、そのような刑罰の予防的效果を測定すべき情報を一般的に欠落しており、また、そのために必要な一般的権限を有しないからである。そのためには、議会の特別の承認が必要とされる。⁽⁵⁶⁾ それによって辛うじてその逸脱の必要性・適合性に客観的に開かれた保証が与えられるからである。即ち、この場合には、抑止政策が効果的であるということを仮定するための健全な経験的理由があることが保証されるであろうし、また、当該行為が社会的に極めて重大な侵害結果を生ずるものであるということが一般的に保証されるであろう。こうして初めて釣合・均衡の要求からの離脱が正当化される。

拘禁を正当化すべき特別の理由のある犯罪の性質として、酒酔運転行為以外にどのようなものが想定されるであろうか。それは、基本的にスウェーデン議会の自制心に信頼されるのであろう。抑止刑が根拠づけられるには、その犯罪行為の含む害悪が酒酔運転行為に比肩しうるほどに重大であり、また、刑事施設拘禁を選択することがその政策目的と実体的関連性をもつことを示す説得的証拠が示される場合でなければならないであろう。そのような意味での厳格な規程が放棄され、法と秩序の名目の下に犯罪鎮圧・犯罪防止の観点が強制されることがあるとすれば、当初の量刑目的・原理も崩れ去ることになるであろう。⁽⁵⁷⁾ 従って、この種の機構は、何処の国においても同じように相当視されるというにはならない。我国などにおいては、こういうシステムが用いられることがあるとしても、その抑止刑

の許容される場合は、相当厳格且つ明確に条件づけられねばならないであろう。

次に、隔離刑及び社会復帰刑に関する特殊条項はどのように考えられるであろうか。刑を犯人の再犯の蓋然性に基づけるような実務の要請は否定し難いものがあるうし、社会一般にも通念的に看取されるものであろうが、それに対しては、相当の異論が述べられるべきである。一般的に言って、第一に、再犯を正確に予測すべき能力は極めて限られている、ということである。従って、その限られた資料に基づいて再犯を予測する裁判所の能力は更に限られている、ということである。⁽⁵⁸⁾第二に、予測刑は、将来の蓋然性にあると言われる再犯に対する刑であり、未だ犯されることのない犯罪に対して刑を加えることになる、ということである。予測刑論にとって、判断の基礎となるものは、当該行為の重さではなく、主要には犯人の過去の犯罪経歴、社会経歴、職歴等である。そのような要因に基づいて決定される予測刑の厳しきの度合は、実質的に犯罪の重さとは疎遠な諸要因に依拠することになり、釣合の原理に明らかに抵触する。従って、釣合・均衡刑論は、予測刑に対しては、常に懐疑的態度をもって臨むことになる。スウェーデンの研究委員会も、基本的にはこの種の懐疑的態度を堅持している。即ち、提案は、被告人の示す想像上の再犯の危険に基づいて刑を選択すべき権限を裁判所に与えるものではない。

処遇・社会復帰刑についても同様である。処遇根拠に基づいて刑の選択を行うことに対しても同様の異論がある。

第一に、処遇方法として、説得的に確定されるようなものが提供されているとはいえない。第二に、処遇に対する適合性に関係があると言われているような要因は、現在の犯罪行為の侵害性及び有責性に対しては殆ど関連性がないということである。⁽⁵⁹⁾提案は、この点で問題のある条項を含んでいる。社会復帰の根拠に基づいて、刑事施設拘禁から条件付判決乃至保護観察へと刑を変更する条項がそれである。⁽⁶⁰⁾その条項は、「行為者自身の努力を通して、その犯罪に関する個人的乃至社会的状況に相当な改善が生ずるであろう」という状況に関するものである。この適用が「自発的努

力」の場合に限られるのは、処遇目的に基礎をおく考慮を、一見して最も共感に値する場合に限らうとする考えの現われであるが、この条項が提案の一般的正当根拠と一致させられるかどうか、疑問であろう。それは、委員会が、その提案に対する広い支持を得るために、処遇論者と妥協した箇所であろう。もしも広範固にわたってその条項が適用されるならば、提案を支える釣合・均衡の観念が崩壊されることになる⁽⁶¹⁾と指摘される⁽⁶¹⁾ところである。

今一つ、やや懸念される点がある。それは、条件付判決と保護観察との選択に関するものである。この点は、段階的に考えられる。先ず、実質的には再犯の危険性が高く、または処遇適応性があるからという理由で、同等の犯罪行為を犯した者に重い刑や長期の刑を加えるとすれば、その予測的、社会復帰的刑は釣合・均衡の問題を生ずることは明らかである。次に刑の厳しさに変更を加えるのではなく、刑の性格に変更を加えるために、予測的、社会復帰的考慮が加えられる場合には、釣合・均衡刑の考え方との抵触は、それほど明確ではない。たとえ同種の犯罪行為に対して、再犯の危険性が低い⁽⁶²⁾か、改善可能とみなされる犯人と、再犯の危険性が高い⁽⁶³⁾か、改善可能性がないとみなされる犯人とが夫々に異なる刑を受けるとしても、それら二つの型の刑の厳しさが大体等価的である場合には、釣合・均衡の原理に反するとの異議は少ないであろう。同様にして、提案は、裁判官が条件付判決と保護観察との間で選択するに際して、保護観察処分によって犯人が遵法的であり続けるような誘引を受けよう援助されることになる⁽⁶²⁾と判断した場合⁽⁶²⁾には、保護観察の方を選択してよいという規定を設けた。一九六五年刑法によれば、条件付判決は、一定試験期間中、犯人は秩序あり且つ法律を遵守する生活を送り、有害な交際を避け、能力に応じて自活するよう努めるべき条件が付加される。期間は、原則二年であるが、三年まで延長されうる⁽⁶³⁾。保護観察は、一定の事項を条件として付加され、監督に服させられる。期間は、原則三年であるが、五年まで延長されうる⁽⁶⁴⁾。このように、条件と監督を伴う保護観察処分は、条件のみを伴う条件付判決よりも幾分か厄介なものであることが予想される。ただ、スウエーデンの実務慣

論 説
行では、それほどものではないと言われる。⁽⁶⁵⁾ これら二つの制裁の間の峻しさにそれほど大きな相違がないとすれば、両者の選択に際して再犯の危険性等が考慮に入れられることがあっても、釣合・均衡原理を損うほどのことはないと言えよう。⁽⁶⁶⁾

(四) その他の注意すべき条項

提案は、その他にも注意すべき条項を幾つか含んでいる。

提案には、加重・減輕事情の一覧が含まれている。⁽⁶⁷⁾ それらはすべてデザートに関連したものであり、当該行為の侵害性や有責性を高めたり、低めたりすることに関係するものである。提案は、犯人の年齢や健康状態を斟酌する条項を含んでいる。即ち、不良な健康状態にあるとか、高齢であつて、そのような特殊事情になり者よりも同じ制裁が酷であると感じられる場合には、緩和された制裁が加えられることになる。⁽⁶⁸⁾ 犯人が重大な身体侵害を被つた場合、雇用上の不利益を受けた場合、仕事の遂行上の不利益を受けた場合、行為者が自発的に結果防止に當つた場合、行為者が任意に中止した場合、国から追放される場合、その他処罰価値によつて指示されるよりも軽い刑を必要とするような特殊事情がある場合が掲げられている。⁽⁶⁹⁾ これらは何れもなお比例性・釣合の正当根拠の領域をはみ出すものではないであろう。⁽⁷⁰⁾ これらの事情に関して特別の理由があれば、法定の刑の下限以下に緩和されることができるとはならない。⁽⁷¹⁾ これらもなお比例性・釣合が考えられてのことである。

提案の諸条項は、その正当根拠と共に、未成年者にも適用される。ただ、その処罰は成人に比べて緩和される。⁽⁷²⁾ また、刑事施設拘禁の使用を抑制する特別の条項がある。⁽⁷³⁾

精神疾患、精神欠陥あるいは実質的に精神疾患と比肩しうるほどの性質をもつその他の精神異常の影響の下で犯された犯罪に対しては、裁判所は、特別の看護つきの拘禁、または罰金、あるいは保護観察のみを加えることが認められる。そのような制裁が加えられない場合には、犯人は、刑事制裁から解放される。⁽⁷⁶⁾

三 あとがき

スウェーデンの研究委員会の提案は、判例法方式及び具体的指針方式に対する代案の一つである。それは、言わば中間的方式のものであり、量刑原理方式と称せられる形態のものである。ここでは、一般的にはあるが、ある程度個別化された規程が述べられている。中間的方式にはまた、その長所と短所が伴うものであり、実効的であるためには、幾つかの前提条件が充足される必要があるであらう。

量刑原理の形式での規程を立案するためには、十分に熟練した起案者集団が存在することが必要である。量刑原理を起草することは、具体的指針を作成するのと同様の作業である。何よりも本来の政策目的が誤解を生じないように注意深く、明確に述べられることが必要である。例えば、デザートが第一の正当根拠として選ばれたとすれば、比例性・釣合の制裁原理が述べられ、その適用基準が相当正確に明らかにされる必要がある。起案者集団は、言わば量刑委員会と同様の専門知識と、検討のための十分な時間を有する必要がある。スウェーデンの場合、量刑原理の作成過程は量刑委員会の指針作成の過程と似たところがあった。その作業は、そのために特別に組織された研究委員会によって相当の期間にわたって行われたし、量刑に関する文献に精通し、諸国の量刑改革の実際に詳しい刑罰学者達の助けを受けた。⁽⁷⁶⁾

量刑原理方式では、上訴裁判所への期待が大きくなる。上訴裁判所には、それに相応した責任を引き受ける有意性が何よりも必要とされる。具体的指針方式の場合は、量刑政策の緻密化と定率表の作成は量刑委員会によって行われるので、そこでの上訴裁判所の役割は、主に下級の裁判所がその規準を正確に適用するのを確保することである。これに対して、量刑原理方式の場合、その規準は、あくまでも原理として単に量刑政策の方向性を指し示すにすぎない。様々の犯罪に対して如何なる刑罰が確定されるかは、判例の積み重ねを通して読み取られる必要がある。上訴裁判所は、この作業を実行するための適性と有意性を必要とする。提供される原理宣言が、単に正当根拠を指し示すのみならず、例えば、スウェーデンの場合のように、高度、中程度、低度の処罰価値をもつ犯罪に対する処罰類型を明らかにすることなどによって、ある程度定率表を暗示するようなものが示されるとしても、最終的には、裁判官に委ねられる部分が大きい。従って、記述された正当根拠が無視されたり、あるいは目的適合的な、実効的な罪刑の定率表が展開されないことも多分に予想される。⁽⁷⁷⁾

量刑原理方式には、裁判所の有意性に関して常に疑念がつきまとうし、その適性・能力が懸念される。スウェーデンにおいても、この点は問題にされるところである。⁽⁷⁸⁾そこで、量刑原理方式の場合、裁判所に対する特殊助言機関が構想されることがある。裁判所は、例えば、様々の犯罪の処罰価値を確定するに当って、また様々の犯罪行為の優害性と有责性の比較較量を行うに当って、その助言機関から専門的な技術援助を受けることが考えられる。その助言機関は、加重・減輕事情の評価に関して、あるいは過去の犯罪経歴の評価に関して助言を与えるであろう。従って、その機関は、その構成と組織においては量刑委員会に類似するであろうが、その機能は異なる。それは、犯罪や犯罪経歴の重要性を等級化して示すことはあっても、刑そのものを確立するものではない。その機関の指針は、助言的なものであるにすぎず、所定の処罰価値をもった犯罪が通例的に受けとるべき刑を決定するための最終責任は、裁判所に

ある。ところで、そのような助言機関の功用は、決定的にその構成員の資質に依存する。何処でもそうであるように、その構成員は、量刑裁量を構造化するという任務に共鳴することができなくてはならない。また、法定の量刑原理の中に具現された正当根拠を十分の知識をもって支持できるものでなければならぬ。その任務に対して共感を覚えることもなく、理解もない人々から成るような助言機関というものは、無用であるか、むしろ一層悪いか何れかである。⁽⁷⁹⁾

量刑原理方式は、更に、責任のある下級裁判所の存在を必要とする。量刑原理方式において上訴裁判所によって展開される罪刑の定率表は、具体的指針方式の下でのそれほど特殊化されることはできない。その柔軟性という一種の長所が生かされるためには、責任のある量刑裁判官の存在を必要とする。当該の量刑システムの趣旨を理解し、協力的であることが必要とされる。伝統的に、あるいは因襲的にそのような目的への有意性が希薄であるような国では、量刑原理方式の長所は引き出されることはないであろう。個々の裁判官が、通念的感情を意識的にか無意識的にか法的意思と混同しているようなことが目立つ国では、原理の宣言も空虚なものとなる。

量刑原理方式は、一見すると単に中間の様式のものと思われうるけれども、無規制の広範な自由裁量に委ねる体制と、具体的量刑指針を定立する体制との間の単なる妥協というだけのものではない。量刑原理方式が有効性を發揮しうるには一定の環境を必要とするであろう。量刑裁量を規制し、指導することに對して相当の支持が一般的に存在することが必要であり、また、指導となるものについては柔軟性をもったものが求められることに一般の同意がみられることが必要とされる。⁽⁸⁰⁾ 国民のある層の意見のみが過剰代表されたり、国民のある者の声のみが過大に喧伝されたりすることに對して相当の補正・規制装置が働かないような所では、実質的な公平さは期待できないであろう。

- (12) Cf. Nils Christie, *Limits to Pain* (1982).
- (13) A. von Hirsch, *supra* note 8, at 55.
- (14) 坂田仁(抄訳)「現行制裁体系の成立とよの評論」法学研究五二巻一二号五八頁を参照した。原文タイトルは次の通り。
 Brottsförebyggande Rådet, *Nytt Straffsystem : Ideer och Förslag* (1977). 英文題名は次の通り。The National Swedish Council for Crime Prevention, *A New Penal System : Ideas and Proposals* (1978).
- (15) A. von Hirsch, *supra* note 7, at 172-173; Jareborg und von Hirsch, "'Neoklassicismus' in der skandinavischen Kriminalpolitik : Sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien", in *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik : Beiträge zu einem Deutsch-Scandinavischen Strafrechtskolloquium* 35, hrsg. von A. Eser und K. Cornils, 1987.
- (16) Jareborg und von Hirsch, *id.* at 44; von Hirsch, *supra* note 7, at 173.
- (17) Fängelsestraffkommitten, *Påföljd För Brott*, *Stadens Offentliga Utredningar* 1986 : 13-15, vol. 1, 76-80. 関連提案の英文テキストは前注のコメント論文の中に収められており、これを参照した。尚、次のものを参照。坂田仁(訳)「現行制裁体系を改正すべし」として田(スウェーデン)法學研究六二巻三号八四頁。
- (18) A. von Hirsch, *supra* note 7, at 174.
- (19) *Id.* at 175-176. See, e. g., R. v. Billiam, 1 All E. R. 985 (1986).
- (20) A. von Hirsch, *supra* note 7, at 176.
- (21) *Id.*
- (22) The Penal Code of Finland, *The American Series of Foreign Penal Codes* 27 (1987), Ch. 6, § 1.
- (23) A. von Hirsch, *supra* note 7, at 177.
- (24) Jareborg und von Hirsch, *supra* note 15, at 47.
- (25) A. von Hirsch, *supra* note 7, at 178.
- (26) A. von Hirsch, *Past or Future Crimes*.
- (27) A. von Hirsch, *supra* note 7, at 180; A. von Hirsch, *Past or Future Crimes*, at 33-34.
- (28) The Proposed Swedish Statute, Ch. 33, § 2, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.

- (29) Id.
- (30) Id.
- (31) A. von Hirsch, *supra* note 7, at 182.
- (32) Id.
- (33) Wasik, "Excuses at the Sentencing Stage", 1983 *Crim. L. Rev.* 450.
- (34) Proposed Ch. 33, § 5, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix. 五条は「四条に含まれるもの以外の場合におこつた犯罪の処罰価値を考慮して、明らかに必要性が認められるときは、法定の下限を下回る刑を加えることができる」と規定しており、必要的に犯罪の処罰価値が減少される事情として四つものを列挙している。
- (35) Proposed Ch. 33, § 5(1), in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix. See von Hirsch and Jareborg, "Provocation and Culpability," in F. Schoeman (ed.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology* (1981).
- (36) Proposed Ch. 33, § 5(2), in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.
- (37) Id. Ch. 33, § 5(3).
- (38) Id. Ch. 33, § 5(4).
- (39) Id. Ch. 34, § 6. 「刑事施設拘禁は、その犯罪が相当な処罰価値を有する場合に加えられるべきである。これとは別に、犯罪の性質に関してか、あるいは、行為者の過去の犯罪に関して、刑事施設拘禁のための特別の理由がある場合には、刑事施設拘禁が加えられるべきである」と規定されている。
- (40) von Hirsch, *supra* note 7, at 183.
- (41) von Hirsch, *Past or Future Crimes*, Chs. 4, 8.
- (42) Proposed Ch. 34, § 6, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.
- (43) von Hirsch, *supra* note 7, at 184.
- (44) Proposed Ch. 34, § 6, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.
- (45) Id. Ch. 33, § 6. 「行為者が過去に犯罪を犯して刑を受けたことがあるという事実は、ただ罰金を加えることに関して、

- また、罰金と刑事施設拘禁との間の選択に関しつてのみ考慮されてよい」と規定する。
- (46) G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978); R. Singer, *Just Deserts* (1979).
 - (47) von Hirsch, "Desert and Previous Convictions n Sentencing," 65 *Minn. L. Rev.* 591 (1981); von Hirsch, *Past or Future Crimes*, Ch. 7.
 - (48) Cf. von Hirsch, *supra* note 7, at 184.
 - (49) Proposed Ch. 33, § 2. in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.
 - (50) *Id.* Ch. 33, § 6.
 - (51) *Id.* Ch. 34, § 811, 14. 十一條は「犯罪の処罰価値乃至犯罪の性質あるいは犯人の過去の犯罪を考慮して必要と認められる場合には、罰金が規定されているかどうかにかかわらず、保護観察とは別個に罰金を加えることができる・・・。」と規定する。十四條は「後段のような事情がない場合には、罰金が規定されているかどうかにかかわらず、裁判所は、条件付判決に罰金を併科するものとする。・・・犯罪行為の他の結果あるいは諸般の事情を考慮して、罰金を併科することが不当に厳しきものと判断される場合には、罰金は加えられないものとする。」と規定する。
 - (52) Proposed Ch. 34, § 6, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.
 - (53) *Id.*
 - (54) 坂田仁(訳)前註一七、一〇二頁参照。
 - (55) Cf. von Hirsch, *supra* note 7, at 186.
 - (56) *Id.*
 - (57) *Id.*
 - (58) von Hirsch, *Past or Future Crimes*, Chs. 9-10; von Hirsch and Goldfredson, "Selective Incapacitation: Some Queries about Research Design and Equity", 12 *N. Y. U. Rev. of Law and Social Change* 11 (1983-1984); P. Greenwood, *Selective Incapacitation* (1982).
 - (59) von Hirsch, *Doing Justice*, Ch. 14; von Hirsch, *supra* note 7, at 187.
 - (60) Proposed Ch. 34, § 7(2), in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix. 七條の各文は「次の通りである。」「犯罪の処罰価

値が条件付判決乃至保護観察を排除しない場合に、特にそれらの制裁を必要とするような事情があれば、六条に包含される場合にあつても、条件付判決乃至保護観察が加えられる。その決定に當つては、裁判所は、特に以下のことを考慮するものとする。一、第三章七条で示された事情、二、行為者自身の犯罪後の努力を通して、その犯罪に関する個人的乃至社会的状況に相当の改善が生じたこと、三、犯罪発生以来、異常に長い期間が経過したこと。」

- (61) von Hirsch, *supra* note 7, n. 81.
 (62) Proposed Ch. 34, §10, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix. 本条は、次のように規定する。「条件付判決と保護観察との間で選択するに當つて、行為者の特別の事情に關して、保護観察を選択することが、将来において犯罪を犯さないことに役立つであらうと想像すべき特別の理由があるときは、保護観察に処せられるものとする。」
- (63) 第二十七章 三条、四条、六条。
 (64) 第二十八章 四条、五条、七条。
 (65) von Hirsch, *supra* note 7, at 187-188.
 (66) *Id.* at 188.
 (67) Proposed Ch. 33, §§3-5, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.
 (68) *Id.* Ch. 33, §7.
 (69) *Id.*
 (70) von Hirsch, *supra* note 7, at 188.
 (71) Proposed Ch. 33, §8, in von Hirsch, *supra* note 7, Appendix.
 (72) *Id.* Ch. 33, §9.
 (73) *Id.* Ch. 33, §10. 「二二歳前に犯罪を犯したとすれば、その未熟さが刑の決定に當つて考慮されるものとし、法定の下限は無視せらるべきである。そのような場合には、終身刑は加えられるべきではない。」
 (74) *Id.* Ch. 34, §8. 「一八歳未満の者によつて犯された犯罪に対しては、その犯罪の処罰価値乃至その他の理由に關して、刑事施設拘禁を相当とする異例の理由がある場合にのみ拘禁刑が加えられてよい。」
 (75) *Id.* Ch. 34, §9.

- (76) von Hirsch, supra note 1, at 56, 57.
- (77) Id. at 57. 量刑に関する上訴制度が整備されていない所、控訴はできるが、上告理由とはならないというような制度をもつ所では、その法制を支える社会体制等のあり方も共に問い返されることが肝要であるかもしれない。
- (78) Cf. Jareborg und von Hirsch, supra note 15, at 58.
- (79) von Hirsch, supra note 1, at 59.
- (80) Id. at 60.