

《論 說》

併合罪の科刑についての考察

伊 藤 渉

一 問題領域

刑法は、四五条から五四条にかけて、同一の行為者が複数の犯罪事実を実現した場合の処理について規定している。そこでは、まず四五条前段において、確定判決を経ない複数の罪を併合罪の關係に立つものとした上で、条文上、これと異なる扱いをすべきものとされる場合以外について、四六条から五三条の規定にしたがって処理することとなっている。すなわち、①犯罪構成要件の論理的な關係により、一罪として処罰する規定が優先適用される場合（法条競合。例えば強盜罪などの結合犯）、②犯罪構成要件の解釈上、複数の構成要件該当事実が存在するにもかかわらず、これを包括して一個の構成要件該当事実として評価される場合（包括一罪。例えばわいせつ物販売罪などの業態犯）、③複数の犯罪の成立を認めるべき場合につき、五四条所定の關係が認められることから、当該規定に従い、科刑上一体として扱うべき場合（科刑上一罪。すなわち觀念的競合及び牽連犯）、④四五条後段の

反対解釈により、それぞれの犯罪事実を独立別個に扱うべきであって、四六条から五三条の規定が適用されない場合（独立数罪）のいずれかに該当しない限り、これらの犯罪事實は併合罪として扱われるのである。

このように、併合罪は、同一の行為者につき複数の犯罪事実が認められる場合における原則的な処理形態であり、かつ、その処理のしかたについては、それぞれの犯罪事実に適用されうる刑罰の種類に応じて、詳細に規定されているのである。これに對して、他の罪数関係においては、条文上一定の要件を充足する場合に限って認められる処理形態であるとともに、その処理のしかたは比較的単純であるといえる。さらに、併合罪の場合においては、複数の犯罪事実につき、一般的には同時審判により一個の判決が言渡される（それが望ましい）ものの、別個の判決を言渡すことも認められている点に特色がある。この点で、必ず一個の判決を言渡さなければならない（もし一部につき判決がなされたのであれば、残余の部分について実体判決を言渡すことは許されなくなる）こととされているところの法条競合・包括一罪・科刑上一罪や、逆に必ず複数の判決を言渡さなければならないところの独立数罪と異なっているのである。

併合罪をめぐる以上のような重要性に鑑みるならば、併合罪の科刑上の扱い、さらにはその前提として、併合罪というものの理論的性格について検討を加えることが必要であるように思われる。それにもかかわらず、従来、罪数論の分野においては、主として、併合罪と包括一罪・科刑上一罪の區別基準が問題とされてきた。これは、実務上、そのいずれに該当するかによって手続き上の扱いが異なる（包括一罪・科刑上一罪の場合、一部につき確定判決を経ると、残余の部分に一事不再理効が及ぶ）という重要な意義を有することによるものといえよう。その反面、併合罪の科刑上の扱いについては、必ずしも重要な問題として考えられてこなかったように思われる。それは、わが国の刑事裁判においては宣告刑の大部分が処断刑の下方に集中していることから、特に四七条所定の有期

懲役刑の長期の加重により、本来の法定刑を超える刑を言渡すことが余りなかったこと、また、併合罪の場合をも含めた量刑相場（例えば、複数の機会に二件の窃盗を犯した場合の量刑基準）が事実上確立しており、これに従って刑を言渡せば足りると考えられてきたことによるものであろう。

しかしこの点に関して、問題を提起する重要な判例が相次いで現れた。いずれも併合罪関係にある複数の犯罪事実についての、科刑のあり方をめぐって争われたものである。

第一に、長期に及び犯情が極めて悪質な監禁致傷行為と、それ自体としては比較的軽微な窃盗行為とが併合罪の関係に当たる場合において、併合罪に当たる事実全体を評価して、処断刑の上限に近い刑を言渡すべきか、それともそれぞれの犯罪事実を個別に評価して、これらを合算して刑を宣告すべきか、という点が問題とされた判例である。⁽¹⁾ すなわち、刑法四七条との関係で、有期懲役に処すべき複数の犯罪事実が認められる場合における科刑のあり方が問題とされた事案である。

第二に、複数の強盗強姦行為等を遂行し、併合罪として処断すべき場合において、これらの犯罪事実全体を評価して無期懲役を言渡すべきか、それともそれぞれの犯罪事実自体は有期懲役相当であるとした上で、所定の有期懲役刑の上限の範囲内で処断すべきか、という点が問題とされた判例である。⁽²⁾ ここでは、刑法四六条二項との関係で、無期懲役刑が選択刑として規定されている罪を含む複数の犯罪事実が認められる場合における科刑のあり方が問題とされたのである（なお四六条一項との関係上、死刑の選択についても同様の問題が生ずる）。

これらの判例について問題となるのは、併合罪における刑の量定に当たっては、それぞれの犯罪事実を個別に評価した上で宣告刑を定めるべきか、それとも処断可能な刑の範囲内で全体についての評価をすべきなのか、という点である。言い換えると、併合罪に対して科される刑は、それぞれの犯罪事実に対して科される刑の総体なのか、

それとも一連の犯罪事実全体に対して科される一体の刑なのか、という問題が存するのである。

第三に、刑法二一条所定の、未決勾留日数の本刑への算入をめぐって、併合罪である複数の犯罪事実中、勾留理由とされた犯罪事実については有期刑が選択されるとともに、判決主文においては無期刑が言渡され（四六条二項により有期刑は科されない）、あるいは自由刑に罰金刑が併科された場合（四八条一項）、当該未決勾留日数を無期刑や罰金刑に算入することが認められるか、という点が問題とされた判例^③がある。

これは、第一・第二の場合と異なり、科刑のあり方そのものが争われたわけではない。だがこれは、未決勾留日数を算入すべき本刑が、当該勾留にかかる犯罪事実に対応するものに（原則として）限られるのか、あるいは併合罪に対する刑であれば足りるのか、という問題なのであって、そこではやはり併合罪に対して科される刑の性格をめぐる対立、すなわち個々の犯罪事実に対する刑の総体か、一連の犯罪事実全体に対する一体の刑かという問題に直面するのである。それは当然併合罪における科刑のあり方と関連することになる。

これらの判例をめぐる問題点の背後には、そもそも併合罪が、独立数罪のような完全な個別処理でも、あるいは科刑上一罪や包括一罪のような一体的処理でもなく、四六条ないし五三条に規定された中間的な処理がなされるべき理論的根拠はいかなるものであるか、という問題と、併合罪が量刑上、独立数罪よりは有利に扱われ、科刑上一罪や包括一罪よりは不利に扱われるのは何故か、という問題が存在するように思われるのである。

本稿では、このような問題意識に基づき、上述した最近の判例及びこれをめぐる学説の動向を検討した上で、併合罪における科刑のあり方について、理論的考察を試みるものである。そのために、まず、現行刑法における罪数関係の規律を整理する。次に、上述の各判例につき、それぞれ理論的構成の分析を行うとともに、各判例に対する学説の態度を整理する。その上で、問題点についての考察を行った上で、私見を述べることにする。

(1) 後出事例一。

(2) 後出事例三。

(3) 後出事例四では有期刑と罰金刑の併科、事例五では無期刑と罰金刑の併科につき、それぞれ未決勾留日数の算入が問題となった。

(4) 二二条所定の未決勾留日数の算入は、未決勾留が行為者の責任に対応しない自由の拘束であることから、公平の見地に基づきこれを量刑の場面において調整する制度だと解されるところ、勾留にかかる犯罪事実とそうでない犯罪事実とが並存する場合において、どの刑に算入すべきか、という点に関して、最一判昭和三九・一・二三刑集一八巻一号一五頁は、独立数罪の關係に立つ複数の犯罪事実につき二個の有期刑を言渡す場合においては、勾留にかかる犯罪事実に対応する刑に算入することを原則とすべきだとしている。そこで、併合罪に立つ複数の犯罪事実につき、それぞれ適用すべき刑を併科する場合において、同様の原則が妥当するか、という点が問題となる。これについては、例えば東京高判平成七・一一・一五高刑集四八巻三号一八四頁は、窃盜と輕犯罪法違反の併合罪につき、懲役と拘留を併科する場合においては、窃盜にかかる未決勾留日数は原則として懲役に算入すべきだとし、やはり勾留にかかる犯罪事実と刑の対応關係を要求していたが、後出事例五の判例により事実上變更されたものといつてよい。なお、以上のような対応關係がない場合において、例外的に算入が認められる場合としては、勾留にかかる事実が無罪とされたが他の事実につき有罪とされた場合(その刑に算入)や、勾留にかかる犯罪事実に対応する刑よりも、算入すべき未決勾留日数が上回る場合(超過分を他の刑に算入)が挙げられている。

二 現行刑法における罪数關係をめぐる規律

併合罪をめぐる問題点を論ずるに当たっては、これ以外の罪数關係との比較対照が必要であるように思われる。複数の犯罪の成立を考へうる場合において、現行刑法が予定する罪数關係としては、上述したように、法条競合・包括一罪・科刑上一罪・併合罪・独立数罪がある。以下では、それぞれの場合において、当該犯罪現象がどのよう

な扱いを受けることになるのかを整理する。

①手続き上の扱い

まず、当該犯罪事実について、手続き上必ず一回で処理しなければならないのか、一回で処理することも、複数回に分けて処理することもできるのか、あるいは必ず複数の手続きで処理すべきなのか、という手続き上の一体性・個別性が問題となる。

法条競合・包括一罪・科刑上一罪においては、必ず一回で処理しなければならない。したがって、これらの場合は一連の犯罪事実の一部について判決が確定すると、残りの部分について公訴提起することは許されない⁽⁵⁾。

併合罪においては、一回で処理する場合と、複数回に分けて処理する場合がある。後者の場合においては、一回で処理する場合との均衡を失することにならないよう、五一条により、刑の執行が制限される場合がある⁽⁶⁾。

独立数罪においては、必ず複数の手続きにより処理され、たとえそれが同時に並行してなされる場合であつても、判決は必ず複数個となる。五一条のような刑の執行の制限は生じない⁽⁷⁾。

②犯罪の成立に関する扱い

当該一連の犯罪事実について、これを一体の犯罪として一個の罰条のみを適用するのか、複数の犯罪の成立を認めそれぞれの罰条を適用するのか、という問題である。

法条競合においては、論理的に優先して適用される条文のみが適用され、そもそも複数の犯罪事実を認める余地はない。

包括一罪の場合は、複数の犯罪事實は認められるものの、その全体につき最も重い罪にかかる条文のみが適用される。

科刑上一罪・併合罪・独立数罪においては、複数の犯罪事実について、それぞれ条文を適用して個別に犯罪の成立を認めることになる。

③科刑上の扱い

当該一連の犯罪事実に対し、どのような刑を言渡すべきか、という問題である。すなわち、最も重い罪について選択した刑をそのまま適用するのか(吸収主義)、最も重い罪について選択した刑を加重して適用するのか(加重主義)、最も重い罪について選択した刑に併せて、他の罪について選択した刑を適用するのか(併科主義)、ということである。吸収主義が最も一体化された科刑方法であり、併科主義が最も個別化された科刑方法であるといえよう。

法条競合・包括一罪においては、そもそも一個の条文のみが適用されるのであるから、科刑においては、必然的に吸収主義がとられることになる。

科刑上一罪においては、五四条により最も重い刑で処断することとなっていることから、刑種の如何を問わず、基本的に吸収主義がとられているといえよう。⁽⁸⁾

併合罪においては、次に述べるように、四六条ないし五三条において、選択すべき刑の組み合わせごとに、吸収主義・加重主義・併科主義がそれぞれとられている。

独立数罪においては、個別の犯罪事実ごとの判決により刑を言渡すのであるから、刑種の如何を問わず、併科主義をとるものといえよう。

④併合罪における刑種ごとの処理

以下では併合罪に当たる犯罪事実のうち、最も重い罪について適用すべき刑罰の種類ごとに述べる。

第一に、死刑と他の主刑を選択すべき場合、死刑のみを適用する（吸収主義）。

第二に、無期刑と他の自由刑を選択すべき場合、無期刑のみを適用する（吸収主義）。無期刑と罰金刑・科料刑は併科される（併科主義）。

第三に、有期刑を複数の犯罪事実について選択すべき場合、法定刑の上限を加重する（加重主義⁹）。有期刑と罰金刑・拘留刑・科料刑は併科される（併科主義）。

第四に、罰金刑を複数の犯罪事実について選択すべき場合、法定刑の上限を加重する（加重主義）。罰金刑と拘留刑・科料刑は併科される（併科主義）。

第五に、拘留刑を複数の犯罪事実について選択すべき場合、複数の拘留刑を併科する（併科主義）。拘留刑と科料刑は併科される（併科主義）。

第六に、科料刑を複数の犯罪事実について選択すべき場合、複数の科料刑を併科する（併科主義）。

全般的に見ると、重い刑については吸収主義、軽い刑については併科主義がとられるものといつてよいであろう。

⑤ 加重主義をとる場合の上限

さらに、加重主義をとる場合における、刑の上限が問題となる。

まず、複数の犯罪事実につき、有期刑に処すべき場合においては、最も重い罪の一・五倍を上限とするが、それぞれの罪の法定刑の上限を合計した期間を超えてはならず、かつ、刑法一四条所定の上限すなわち三〇年を超えてはならないとされている。

次に、複数の犯罪事実につき、罰金刑に処すべき場合は、それぞれの罪の法定刑の上限を合計した金額を上限と

することとなっている。

すなわち、いずれの場合においても、法定刑の上限の合計を超えることはできないのであって、併科主義の場合よりも不利な処断刑にならないようにしていることが明らかである。その一方で、有期刑の場合においては、最も重い罪の上限の一・五倍という上限及び一般的な加重の限界としての三〇年という上限が併せて設けられている点で、罰金刑の場合と異なっている点にも注意すべきであろう。

(5) 違反した場合、刑事訴訟法三三七条一号により免訴判決を言渡すべきこととなる。

(6) なお、やはり一個の手続きによる場合との均衡上、一四条所定の有期刑の加重の限度である三〇年を超えて、刑を執行することとは許されない、と解されている。

(7) この場合は、前出(6)の制限も及ばない。

(8) ただし、次の場合は、最も重い罪の法定刑がそのまま全体の処断刑となるわけではないことに注意を要する。第一に、他の罪の法定刑の下限が、最も重い罪のそれを上回る場合には、その限度で下限が引き上げられる(最三判昭和二八・四・一四刑集七巻四号八五〇頁)。第二に、最も重い罪の有期刑には罰金刑の併科が規定されていないが、他の罪の有期刑には罰金刑の併科が規定されている場合には、その罰金刑を有期刑に併科することとなる(最一決平成一九・一二・三刑集六一巻九号八二二頁)。

(9) この場合においても、他の罪の法定刑の下限が、最も重い罪のそれを上回る場合(名古屋高判昭和二八・七・二八高刑集六巻九号一二二七頁)や、最も重い罪の有期刑には罰金刑が併科されておらず、他の罪の有期刑には罰金刑が併科されている場合(大判明治四四・七・八刑録一七輯一三九〇頁。後出事例四もこの場合である)は、前出(8)と同様の処理がなされる。

三 複数の犯罪事実につき有期刑を選択する場合の科刑

併合罪の關係に立つ複数の犯罪事実につき、有期刑を選択すべき場合の科刑のあり方が問題とされた判例としては、先に述べたところの、長期に及びかつ悪質な監禁致傷罪と、それ自体としては比較的軽微な窃盗罪とが併合罪の關係に立つ場合につき、これらの犯罪事実を全体として評価し、四七条本文の規定に基づく処断刑の上限に近い刑を言渡したもの（事例一）と、合計五件の強姦罪・強盗罪・強盗未遂罪が併合罪の關係に立つ場合において、これらの罪の個別的評価を経た上で、求刑を上回る刑を言渡したもの（事例二）がある。

（事例一） 最一判平成一五・七・一〇刑集五七卷七号九〇三頁

（いわゆる新潟女性監禁事件）

被告人は、第一に、当時九歳であった被害者女兒を略取し（未成年者略取罪。当時の刑法二二四条では三年以上五年以下の懲役）、自宅に九年二ヶ月にわたって監禁し、筋力低下、骨量減少等の傷害を負わせた（逮捕監禁致傷罪。当時の刑法二二一条では三年以上一〇年以下の懲役^⑩）。第二に、略取後七年一〇ヶ月した時点で、被害者に着用させる目的で、女性用下着四枚（合計二四〇〇円程度）を店頭から窃取した（窃盗罪。当時の刑法二三五条では一〇年以下の懲役^⑪）。この場合、未成年者略取罪と逮捕監禁致傷罪とは観念的競合の關係にあることから、これらは重い逮捕監禁致傷の刑で処断されることになり、これと窃盗罪とが併合罪の關係に立つことから、四七条により、被告人は三年以上一五年以下の懲役をもって処断されうることになる。第一審は、「本件の処断刑になる逮捕監禁致傷罪の犯情には特段に重いものがあるといわざるを得ず、その犯情に照らして罪刑の均衡を考慮すると、被告人に対しては、逮捕監禁致傷罪の法定刑の範囲内では到底その適正妥当な量刑を行うことができない」として、

被告人に懲役一四年の刑を言渡した。これに対して控訴審は、第一審は刑法四七条の解釈適用を誤ったものとした。すなわち、「併合罪全体に対する刑を量定するに当たっては、併合罪中の最も重い罪につき定めた法定刑……の長期を一・五倍の限度で超えることはできるが、(刑法) 五七条による再犯加重の場合とは異なり、併合罪を構成する個別の罪について、その法定刑……を超える趣旨のものとすることは許されない」のであるから、本件逮捕監禁致傷罪は一〇年の限度でしか評価できないとして、被告人に懲役一一年の刑を言渡した。本判決は、控訴審判決を破棄して第一審判決を維持した。その理由として、「刑法四七条は、併合罪のうち二個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑とでもいうべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていない」と述べている。

本判決は、有期刑を適用すべき複数の犯罪事実が併合罪の關係に立つ場合において、これらを統一的に評価して、四七条所定の処断刑の範囲内で刑を言渡せば足りるとして、第一審の判断を支持したものである。これに対して、控訴審判決は、個々の犯罪事実ごとに法定刑の範囲内で評価したうえで、全体の量刑が四七条所定の制限を上回らないようにすべきものとしている。同時に、控訴審判決は、第一審判決については、最も重い罪（本件では逮捕監禁致傷罪）そのものについて四七条本文により加重された責任に基づいて評価することを認めるものであると理解したうえで、そのような解釈は誤りであるとしているのである。すなわち、本判決は併合罪における量刑評価を一体として行うべきものとする一体的評価説、控訴審判決は個別に量刑評価を行うべきものとする個別的評価説

をとつてゐることになる。それとともに、四七条本文により、重い罪自体の責任が、併合罪の関係にある余罪の存在により加重されるものとする理解は、控訴審判決により斥けられてゐるとともに、本判決においても支持されていない。

本判決に対する学説の態度を見ると、一体的評価説に基づき本判決を支持するものと、⁽¹²⁾ 個別的评价説に基づき控訴審判決を支持するもの⁽¹³⁾がある。前者の見解によれば、四七条所定の場合においては、それぞれの罪の法定刑は全体についての処断刑を算出する基礎にすぎず、個別の犯罪事実の評価基準としての意味を有しない。四七条但書による制限は、別個の手続きで処理された場合（五〇条・五一条）との不均衡を回避するためにおかれたものであるが、個別的评价説によるならば、そもそもそのような但書は無意味になる。これに対して、後者の見解によれば、複数の犯罪事実が認められる場合であっても、本来はそれぞれの犯罪事実ごとに責任を定めるべきであることには変わりがない。ただ、四七条の場合においては、犯罪事実ごとに刑を併科し、あるいは期間を合計することでは行為者にとつて苛酷に過ぎる、という考慮から、最も重い罪の一・五倍という上限を設けることにより、行為者に併合の利益を与えることとしたものである。

（事例二）大阪地判平成一六・一〇・一判時一八八二号一五九頁

被告人は、三名の被害者に対してそれぞれ強姦（当時の刑法一七七条では一年以上一五年以下の懲役⁽¹⁴⁾）・強盗（当時の刑法二二六条では五年以上一五年以下の懲役⁽¹⁵⁾）の各罪を遂行したほか、二名の被害者に対して強姦未遂罪を犯したとして起訴された。本判決は、検察官による懲役一二年の求刑に対し、被害者ごとの量刑の最低限を設定し（強姦・強盗にかかる三名についてはそれぞれ五年、強姦未遂にかかる二名については一年と一年六月）、これらを合算の上、実務上併合罪の審判において「各罪において相当とされている刑を合算した刑よりは相当程度下回

る刑を言い渡すのが通例となっている」点(併合の利益)については、「本件のように、併合罪の関係にある数罪が、いずれも人身に対する罪であって、各被害者の心身にわたる被害が相当深刻であるような場合には、あまりに過大な併合の利益を見積もることは、被害者保護の見地からして相当ではなく、基本的には合算刑をベースとして(但し、刑法四七条や一四条の制約の範囲内で)、それに比較的近い範囲内で量刑を行うことが相当」だとして懲役一四年の刑を言渡した。

本判決は、事例一とは逆に、個別的評価説を採用したうえで、併合の利益を加味し、かつ四七条等の制限に従い、全体の量刑を定めたものとする理解が有力である。しかし、本件においても、量刑評価についての基本的な考え方は統一的評価であって、ただ、本件場合には求刑を上回る刑を言渡すことに対する合理的説明が必要だと考えたことからこのような量刑手法がとられたにすぎない、という理解も可能であるといえよう。実際、本件においては、犯罪事実単位で個別化されているのではなく、被害者単位で個別化して評価されている(同一の被害者との関係では、統一的に評価している)ことに注意する必要がある。

(10) 平成一六年に刑法の一部改正がなされた結果、本罪の法定刑は現在では三月以上一五年以下とされている。

(11) 平成一八年に刑法の一部改正がなされた結果、本罪の法定刑は現在では一〇年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金とされている。

(12) 土本武司・判例評論五四二号(判例時報一八四六号)三六頁、松本時夫・研修六六七号一九頁、古江頼隆・法律のひろば五六巻一一号七三頁等。

(13) 曾根威彦・現代刑事法五巻一〇号四四頁、岡上雅美・判例セレクト二〇〇三(法学教室二八二号別冊付録)三〇頁、城下裕二・季刊刑事弁護三二六号一二頁、只木誠・平成一五年度重要判例解説一六二頁、松宮孝明・法学セミナー五八七号一一六頁等。

(14) 平成一六年に刑法の一部改正がなされた結果、本罪の法定刑は現在では三年以上二〇年以下とされている。

(15) 平成一六年に刑法の一部改正がなされた結果、本罪の法定刑は現在では五年以上二〇年以下とされている。

(16) 城下裕二・判例セレクト二〇〇四（法学教室二九四号別冊付録）三三頁。

四 最も重い犯罪事実につき無期刑を選択することの当否

併合罪の關係に立つ複数の犯罪事実中、最も重いものについて無期刑を選択することの当否が問題とされた判例としては、先に述べたところの、複数回に及ぶ強盜強姦罪等が遂行された場合において、それだけでは無期刑相当とはいえない強盜強姦罪に当たたる事実につき、他の罪をも含めて処罰する趣旨で無期刑を選択して、判決において言渡したもの（事例三）がある。

（事例三）最二決平成一九・三・二二刑集六一卷二号八一頁

被告人は、五件の強盜強姦罪（無期又は七年以上の懲役。なお有期懲役の上限は行為時においては一五年⁽¹⁷⁾）を含む複数の犯罪事実につき起訴された。第一審判決は、これらの強盜強姦罪につき無期懲役を選択し、そのうち最も重い強盜強姦の事実により無期懲役を言渡した。控訴審もこれを支持した。弁護人は、無期懲役を選択したところの強盜強姦の事実、それ自体において無期刑相当の罪とはいえず、本件において無期刑を選択することはできないとして上告した。本決定は、刑法四六条につき、「一個の罪について死刑又は無期刑に処するときに、その結果科されないこととなる刑に係る罪を不問に付する趣旨ではなく、その刑を死刑又は無期刑に吸収させ、これらによってその罪をも処罰する趣旨」であるから、「併合罪關係にある複数の罪のうち一個の罪について死刑又は無期刑を選択する際には、その結果科されないこととなる刑に係る罪を、これをも含めて処罰する趣旨で、考慮でき

る」として、上告を棄却した。

本決定は、併合罪の關係に立つ複数の犯罪事実のうち、最も重い罪について死刑ないし無期刑が規定されている場合には、その他の罪と一体として評価すればこれらの刑を科すことが相当と判断されれば、そのままこれらの刑を科した上で他の刑は科さない（ただし、無期刑の場合においては、罰金・科料は併科）ものとすべきである、としたものである。すなわち、上告理由がいうような、それぞれの犯罪事実を単独で評価すると、その中に死刑あるいは無期刑相当の犯罪事実が含まれている場合に限り、これらの刑を適用すべきだ、という考え方を斥けたのである。ここでも、判例は一体的評価説を採ったものといえよう。

学説においては、やはり、一体的評価説を前提に本決定を支持する見解と、⁽¹⁸⁾ 個別的评价説に則り、上告理由を支持する見解とが対立している。前者によれば、四六条は科さないこととされるところの、他の罪にかかる犯罪事実を不問に付する趣旨ではなく、当該犯罪事実をも含めて死刑又は無期刑で評価しうる場合には、これらの刑のみで処罰する趣旨なのであるから、最も重い罪の法定刑に死刑又は無期刑が含まれている場合においては、併合罪全体についてこれらの刑を科すことが相当か判断するのは当然であるとする。後者によれば、四六条はそれぞれの犯罪事実に対する個別評価の結果、死刑又は無期刑に相当する事実が含まれている場合にその他の刑を併科したのでは苛酷ないし無意味であるとして、併科を回避する趣旨であり、複数の犯罪事実を併せて評価したうえで死刑ないし無期刑を選択することを認めるものではないとする。

(17) 平成一六年に刑法の一部改正がなされた結果、現在は有期懲役の上限は二〇年となっている。

(18) 小池信太郎・判例セレクト二〇〇七（法学教室三三〇号別冊付録）三〇頁。

(19) 本田稔・法学セミナー六三六号一二〇頁。

五 未決勾留日数を算入しうる本刑の範囲

科刑の基準そのものが問題とされたわけではないが、それと関連する問題として、勾留理由となっている犯罪事実につき有期刑が選択された場合において、当該未決勾留日数を、これと併合罪の關係に立つところの、他の犯罪事実について選択された無期刑（この場合、有期刑は適用されなくなる）や罰金刑（有期刑とは併科される）に算入することが認められるか、ということが問題とされた判例もある。窃盗罪による未決勾留日数を、出入国管理及び難民認定法に規定されている併科刑としての罰金刑に算入することを認めたもの（事例四）と、無期刑と罰金刑の併科刑を言渡すに当たり、四六条二項により適用されないこととなる有期刑を選択した犯罪事実にかかる未決勾留日数を、これら双方の刑に算入することを認めたもの（事例五）である。

（事例四）最二決平成一八・八・三〇刑集六〇卷六号四五七頁

不法に在留する外国人が、当該不法在留の罪及び二件の窃盗罪につき起訴された。第一審判決は、不法在留については懲役刑と罰金刑の併科を選択し、各窃盗罪にかかる懲役刑との併合罪処理を行い、被告人を懲役三年及び罰金三〇万円とした上で、懲役についてはその執行を五年間猶予するとした。その際、二件の窃盗に係る未決勾留日数を、不法在留（この事実については勾留されず）に規定されているところの罰金刑に算入した。控訴審判決もこれを支持したことから、検察官が本件罰金刑への算入は違法だとして上告したが、本決定は「刑法は、併合罪關係にある数罪を併合審理して刑を言い渡す場合、その数罪を包括的に評価して、それに対し一個の主文による刑を言渡すべきものとしているから、その刑が刑法二一条にいう『本刑』に該当すると解すべきであり、この理は、その

刑が懲役刑と罰金刑を併科するものであるときでも異なるところはない」として、本件罰金刑への算入を適法とした。

本決定は、併合罪の關係に立つ犯罪事実の一部につき勾留された場合、言渡された刑の全体について未決勾留日数の算入が許されるとしたものである。これは、併合罪にかかる刑が併科刑の場合であっても、これらを併合罪に対して科された一体の刑として扱うことになり、一体的評価説と整合するといえよう。これに対して、四八条一項その他の併合罪における併科規定は、各犯罪事実に対する個別の刑を併せて言渡すこととする個別的评价説に則つたものとするならば、未決勾留日数の算入は、独立数罪の場合と同様、当該勾留にかかる犯罪事実に対応する刑に算入するのが本筋だということになる。⁽²⁰⁾

なお、第一審及び控訴審において、罰金刑に対する算入を認める理由として、本件においては、重いほうの窃盗罪については当時一〇年以下の懲役、軽いほうの不法在留については三年以下の懲役若しくは禁錮、三〇〇万円以下の罰金、若しくは懲役又は禁錮に罰金を併科することとされていたことから、二件の窃盗罪についての単独の懲役刑と、不法在留についての懲役・罰金の併科刑が併合罪処理された結果、「一五年以下の懲役及び三〇〇万円以下の罰金」という統一された併科刑で処断したものであって、それ故に本件懲役と罰金は一体の刑と見るべきことを挙げている。この見解によれば、不法在留につき単独の罰金刑が選択されたのであれば、当該罰金刑に対する算入は許されないとする余地はありうるが、本決定はこのような理由は挙げておらず、併合罪關係に立つ犯罪事実一般について、このような処理を認めたものと解される。

(事例五) 最三決平成一八・八・三一刑集六〇巻六号四八九頁

被告人は、わいせつ略取罪・強盜強姦罪(觀念的競合)。処断刑は無期又は七年以上の懲役。なお、行為時の有期

懲役の上限は一五年⁽²⁾につき起訴されるとともに、この事実につき勾留された後、別個のわいせつ略取誘拐罪・強盗強姦罪（観念的競合）の事実及び、道路運送車両法違反（五〇万円以下の罰金）の事実を含む複数の公訴事実について、勾留手続きをとることなく起訴された。第一審及び控訴審は、勾留にかかる強盗強姦罪の事実については有期刑、勾留されていない強盗強姦罪の事実については無期刑、同じく勾留されていない道路運送車両法違反の事実については罰金刑を選択し、これらを併合罪として四六条二項・四八条一項により無期懲役及び罰金一五万円を言渡すとともに、未決勾留日数を無期刑と罰金刑の双方に算入した。検察官は本件罰金刑への算入は違法だと主張して上告したが、「刑法は、併合罪関係にある数罪を併合審理して刑を言い渡す場合、その数罪を包括的に評価して、それに対し一個の主文による刑を言い渡すべきものとしているから、勾留事実に係る罪を含む併合罪関係にある数罪の刑に未決勾留日数を算入する」のであればよく、「この理は、本件のように懲役刑に罰金刑を併科するものであるときでも異なるものではない」として上告を棄却した。

本決定は、有期刑相当の犯罪事実につき勾留された場合において、それと併合罪の關係に立つ無期刑相当の犯罪事実が認められることにより、有期刑が科されなくなるのであれば、無期刑に対して未決勾留日数を算入しうるのはもとより、さらにこれらと併合罪の關係に立つ罰金刑相当の犯罪事実が認められる場合には、その罰金刑に対しても算入してよい、としている。ここでも、併合罪において言渡される刑は、一体として科されたものであるとする一体的評価説が前提となつていえるといえよう。なお、本件罰金刑は、事例四と異なり、道路運送車両法違反につき単独で選択されたものであるから、算入が許される罰金刑を、懲役等との併科刑として規定されているものに限定するという理解は否定されたものと見るべきであらう。

(20) 本決定における古田佑紀裁判官の補足意見によれば、未決勾留日数の算入は「勾留状が発せられた罪に対する刑を本刑として行うことを原則とすべきであり、勾留事実と併合罪又は科刑上一罪の關係にない非勾留事実に係る刑に対する未決勾留日数の算入は、それが合理的である特段の事情が認められる場合に限られる」とされるが、これは独立数罪の場合においては、併合罪等の場合と異なり、複数の刑を一体として扱うことができないことを根拠とするものといえよう。この点に関して、須藤純正・平成一八年度重要判例解説一六三頁参照。

(21) 前出(17) 参照。

六 全般的考察

① 一体的評価説の基本的妥当性

以上に見てきたように、判例の基本的な見解は、併合罪において言渡される刑をもつて、当該犯罪事実全体に対する統一的な刑であるとするものであって、個別の犯罪事実に対応する刑罰の総体としてはとらえていないものとして理解することができよう。すなわち、四六条所定の吸収主義の場合は、全体の犯情を包括的に評価すると、最も重い罪について規定された死刑ないし無期刑が妥当か、を問題とすべきことになり、個別の行為について単独で死刑ないし無期刑が相当であるかを問題とすべきでない。四七条所定の加重主義の場合は、全体の犯情を包括的に評価して、最も重い罪の法定刑に所定の処理を経た処断刑の範囲内で評価すべきであつて、個別の行為に対する評価を合算すべきものではない。さらに、科刑そのものが問題となつたわけではないが、四八条一項所定の併科主義の場合においても、そこで言い渡される刑は、全体の犯情に対応した懲役と罰金の併科刑を意味することになり、個別の行為に対してそれぞれ懲役刑や罰金刑を科す趣旨ではないから、それ故に非勾留事実のみに規定されている罰金

刑に対して未決勾留日数を算入しても何ら問題はない、というものである。

このような一体的評価説に対しては、上述のように学説からの批判も根強い。すなわち、四六条所定の吸収主義や、四七条所定の加重主義における一・五倍という限界は、個別的评价を前提とした上で、これらに対する刑を単純に併せたのでは行為者にとって苛酷であるから、このような制限を設けるものだと考えるのである。⁽²²⁾確かにこのような考え方も成り立ちうるが、わが国の刑法の（特に四七条の）建前と整合しただけでなく、実際上も、個別の犯罪事実について評価した後に、併合の利益をどの程度見積もるかという煩瑣なプロセスを経ることになろう。そもそも、併合罪に対する責任を、個別の行為ごとの責任の総和から、いわゆる併合の利益を控除したもの、ととらえる図式は妥当であろうか。たしかに、併合罪においては、包括一罪のように、それぞれの犯罪事実間に連続的一体性が認められることから、分割して扱う余地はないとか、科刑上一罪のように、それぞれの犯罪の要素（違法ないし責任）が実質的に重複していることから、個別に評価する余地はない、といった制約はない。併合罪がこれらの場合と異なり、手続き上必ず一体として処理しなければならないものとはされておらず、別個の判決で処理する可能性を認めているのは、このような理由によるものといえる。しかし、併合罪の場合であっても、量刑評価において重要な影響を及ぼすところの、行為者人格に関する要素は共通している。⁽²⁴⁾そうであるならば、必ずとはいわないまでも、これらを一体として評価することが犯罪の実体をより適正に反映したものとなろう。むしろ、五〇条・五一条の場合においても、一体的に評価した場合との均衡を考慮して科刑を行うべきだということになろう。この点で、禁錮以上の確定判決が介在することにより、それ以前とそれ以後で行為者人格に関する評価を別個に行うべきであるところの、独立数罪とは異なっているのである。

それに加えて、そもそも併合罪は、別個独立に評価した場合と比較して軽い罪なのか、という問題がある。たし

かに、併合罪を独立数罪と比較した場合、四六条により死刑・無期刑と他の刑との併科が制限され、有期刑相当の犯罪事実が複数存在する場合には、一四条所定の三〇年の上限及び、四七条所定の最も重い罪の一・五倍を超える刑を言渡すことができないという点において行為者に有利となることは疑いない。これらの有利な扱いは、四六条の場合は死刑ないし無期刑の適用に当たり、人道的な配慮が必要であることから、これらと他の刑の併科が制限され、また、四七条の場合は、一四条所定の三〇年の上限についてはやはり人道的配慮によるもの、一・五倍の上限については有期刑の量定において重要な意味を有する行為者人格の評価につき、一定の歯止めをかける、という趣旨だといえよう。これに対して、独立数罪の場合は、そもそも一体としての評価にならないのであるから、併合罪のような制限を及ぼすことができないとともに、実際上も確定判決後の犯罪事実については一般的により不利な評価を受けることから、併合罪と比較して重い責任を問われることになるといえよう。

しかしそれは、併合罪において、複数の犯罪が遂行されたことにより、責任が「減輕」される、ということではあるまい。むしろ、複数の犯罪事実が併存する場合、これら相互の関連性如何によつては別個独立に見た場合よりも重い責任を認めるべき場合もある⁽²⁶⁾。一個の殺人の事実だけを見れば、いずれも直ちに死刑相当とみるべきではなくとも、それが三件に及んだ場合には、全体を評価して死刑を適用するということは、量刑手法として当然のように行われているし、被害者に暴行を加えて傷害を負わせるとともに、財物を取得した場合には、相手方の抵抗を抑圧する程度には至っていないことから強盜致傷罪までは適用できないとしても、別個独立に遂行された場合よりは重く評価されるべきであると思われるからである。このことは、併合罪に限ったことではない。そもそも強盜罪のような結合犯、あるいは常習賭博罪のような常習犯自体、複数の犯罪事実の間に一定の密接な関係が認められることにより、より一体的性格の強い扱いを受けるとともに重く処罰される場合だといえるし、また、一般的には併

合罪より軽いとされる科刑上一罪の場合であっても、両者の関係如何によつてはむしろ併合罪より重く処罰すべき場合（例えば、被害者宅に侵入して遂行された強姦については、路上での強姦及び住居侵入が別個に遂行された場合と比較して、むしろ重い評価を受けるであろう）もありうるからである。

このように考えるならば、同一の行為者が複数の犯罪行為に及んだ場合においては、それが独立数罪として別個に評価すべきものとされない限り、個別の犯罪事実ごとに評価を行い、そこから全体の科刑を導く方法には無理があるように思われる。やはり、一連の犯罪事実全体を統一的に評価することにより、その実体を適正に反映した科刑を行うべきであろう。そして、未決勾留日数を算入するに当たっては、併合罪の全体に対して科された刑のいずれかの部分をその対象とすれば足りよう。

② 一体的評価説の問題点に関する検討

しかし他方、一体的評価説にも問題がないわけではない。所定の規律に従い、処断刑を形成しさえすれば、後はその全体につき刑の量定を行えばよい、というのでは、その評価が直観的になりやすく、犯罪の実体を真に反映したものとならないおそれがあるからである。⁽²⁷⁾

例えば次のような場合を考えてみる。企業経営者であるAは、製品の安全性を確保するために必要な措置を尽くすことなく大量の欠陥製品を出荷せしめ、その結果多数の消費者に死傷結果をもたらすに至った。その後、会社の資産につき、比較的少額の不正支出を行った。この場合、欠陥製品による死傷結果につき業務上過失致死傷（二二一条一項。五年以下の懲役若しくは禁錮又は一〇〇万円以下の罰金）が、不正支出につき業務上横領（二五三条。一〇年以下の懲役）が成立し、両者は併合罪の関係にあることから、処断刑の上限は十五年ということになるが、前者の犯情が極めて悪質だからといって一五年に近い刑を言渡すのは妥当ではあるまい。

さらに、科刑上一罪の場合にも類似の問題が生じうる。Bは、多数の車両が駐車している公園の駐車場において、これらの車両に次々と放火した結果、大火災になり、甚大な物的被害を生ぜしめるとともに、未必の故意により駐車場にいた者一名に軽傷を負わせた。この場合は多数の車両等の焼損につき建造物以外放火(一一〇条一項、一年以上一〇年以下の懲役)が、人の負傷につき傷害(二〇四条、一五年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金)が成立し、両者は観念的競合となるから処断刑の上限は一五年となる。しかし、ここでも、前者の悪質性を理由に上限に近い刑を言渡すべきではないであらう。

これらは単なる量刑不当にとどまるものとは思われない。併合罪であれ科刑上一罪であれ、複数の犯罪事実のある部分のみをとらえて、その悪質性を強調するあまり、犯罪事実の全体を見ることなく、量刑評価を行ったものといわざるを得ないからである。⁽²⁸⁾やはり、それぞれの犯罪事実の性質、法定刑、一連の犯罪事実全体における位置づけ及びこれら相互の関連性等を検討したうえで、全体についての十分な考察に基づく量刑がなされるべきであろう。上述のAについては、業務上過失致死傷についての犯情の重大性とともに、業務上横領における被害額、支出の目的(特に欠陥製品被害への対応との関連性の有無。例えば欠陥製品被害にかかる責任追及を免れる目的でなされたのであれば、相当悪質との評価を受けるべきであろう)、一連の行為が会社内外に与えた影響等を考慮して決すべきことになる。Bについては、やはり放火についての犯情の重大性と併せて、傷害に至った状況(特にこれよりも重大な人身被害が生じた可能性)を考慮して決することになろう。

また、一体的評価説に基づく刑の量定が、最も重い罪を主たる罪として重点的に評価し、他の罪はいわば余罪として主たる罪の評価に影響を与える要素に過ぎない、ということの意味するのであれば、問題である。例えば事例一の場合において、逮捕監禁致傷罪の事実に着目し、これと併合罪の関係にある窃盗罪の存在により、処断刑の上

限が一〇年から一五年に引き上げられるとした上で、窃盜の事実自体はその情状の一部に過ぎない、として本判決の結論を肯定するのであれば、それは犯罪事実全体を適正に評価したものとはいえないのではないだろうか。⁽²⁹⁾ そのような量刑方法のもとでは、およそ逮捕監禁致傷と関連性のない余罪（例えば無銭飲食）の場合においても、同様の刑を言渡すことになるが、妥当とは思われない。他方、事例三の場合において、最も重い罪である強盜強姦罪の事実に着目し、その他の罪は不利な情状として評価した上で、そこから直ちに無期刑の選択を導くことにも問題がある。かりに、本決定の事案と異なり、他の罪が、悪質ではあるが強盜強姦とは異質な犯罪事実であった場合（例えば多数の者に対していわゆる「振り込め詐欺」を反復していた場合）において、同様に無期刑を言渡すべきだとは思われない。事例一の場合においては、下着の窃盜は、行為者における長期監禁行為の動機・目的と密接な関連性を有するとともに、下着を購入することで店員に不審に思われ、ひいては監禁の事実の発覚に至ることを恐れたためになされたという事情により、事例三の場合においては、他の罪も同種の性格を有するものであることから、この種の犯罪に対する性向が強いと認められることにより、これらの結論を正当化しうるものと思われるのである。個別的評価説を採用したように見える事例二の判断枠組みについても、複数の者に対する重大かつ一身専属的性格の強い被害をもたらす行為が反復累行されたことを考慮して、宣告刑を導いたものと見るべきであろう。なお、以上に論じたことは、いわゆる併合の利益を考慮すべきという趣旨ではないのであるから、そのような併合の利益が問題とならない場合、例えば事例一において、窃盜罪ではなく建造物侵入罪ないし器物損壊罪（いずれも懲役刑の上限が三年であることから、四七条但書により、処断刑の上限はその長期の合計である一三年となる）との併合罪であった場合についても同様である。例えばそれが小学校の校舎への侵入であれば、処断刑の上限に近い科刑が相当であろうが、飲食店で他の客とトラブルになり、食器を損壊するに至った場合にはそのような科刑は相当

でないものと考えられる。

(22) 只木・前出(13) 一六四頁。

(23) 観念的競合においては、行為及び意思決定の一回性により責任要素が重複するものと考えられ、牽連犯においては、犯罪事実相互に性質上の手段・目的ないし原因・結果の關係が認められることから、違法要素が重複するものと考えられる。林幹人・刑法総論(第二版)(二〇〇八)四五八頁以下。

(24) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五)四三四頁。

(25) 罰金以下の刑の場合、このような制限を伴わず單純に合算する加重主義ないし、併科主義がとられているのは、これらの比較的軽い刑を科すにあたっては、行為者の人格に余り深入りすることなく、行為の外形に基づいた量刑評価がなされることによるものといえよう。

(26) 和田俊憲・ジュリスト一二七九号一五六頁、松本・前出(12)三〇頁参照。

(27) この点を問題とする見解として、井田良・ジュリスト一二五一号七四頁。

(28) 和田・前出(26)参照。

(29) この点に関して、一体的評価説の中には、四七条所定の処理を、五七条所定の再犯加重に類するものとして理解し、本件窃盜の事実を処断刑の修正事由としてのみとらえるものと思われる見解があるが(土本・前出(12)四一頁)、再犯加重の制度は前刑の執行を終えたにもかかわらず新たな犯罪に及んだことを理由に重い責任を問う趣旨であつて、これを単に他の犯罪事実が存在することを理由に責任の加重を認めることを正当化する根拠とすることはできないように思われる。

七 結語

以上、最近の判例を通じて、併合罪の法的性格につき、他の罪数関係と比較しながら検討した上で、その科刑のあり方について、個別的評価よりも統一的評価が妥当と考えられること、しかし同時に、その評価に当たっては、併合罪を構成するそれぞれの犯罪事実の内容及びそれらの関連性に踏み込んだ考察が必要であるとの結論に至った。

今日においては、社会の変化に伴い、従来の刑罰法令の法定刑に照らして極めて犯情の重い罪が遂行されることが起こりうるとともに、同一の行為者において、複数の犯罪行為が遂行される機会も増大しているといえよう。そのような状況において、犯罪の実体を適正に反映した量刑がなされるための指針の形成が求められているように思われる。今後の判例の蓄積を見守りたい。

— いうとう わたる・法学部准教授 —